

**RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 6 / CAUSAL SEXTA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo / FALLO EN DERECHO - Características / FALLO EN CONCIENCIA - Características**

El Consejo de Estado ha sostenido, como criterio básico y constante, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de allí que el marco de referencia sólo está en él. Por esa razón, el juez no sólo se encuentra sometido a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a las normas sustantivas que rigen los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley. En cambio, cuando el juez decide en conciencia se mueve en un marco diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, cuando actúa así tiene la facultad de decidir conforme a la equidad o según su leal saber y entender o verdad sabida y buena fe guardada -ex aequo et bono-. En este orden de ideas, sólo cuando el fallo deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Pero si el juez adquiere la certeza con apoyo en el ordenamiento jurídico, en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, la decisión se dicta en derecho. (...) puede suceder que el fallo sea técnico, y no en derecho ni en equidad, pues los arbitramentos adoptan alguna de estas tres formas. No obstante, la causal de anulación prevista en el art. 163.6 sólo se configura cuando el laudo que debió ser en derecho se dicta en conciencia; de manera que: i) si debió ser técnico y los árbitros lo dictan en derecho o en equidad no procede la anulación de la decisión, o ii) si debió ser en derecho y se dicta un laudo técnico tampoco procede la anulación, por la taxatividad de las causales del art. 163 del decreto 1818 de 1998 y la necesidad de que su interpretación sea estricta. NOTA DE RELATORIA: Sobre fallo en derecho, consultar sentencia de 6 de 2005.exp. 28990. En relación con el fallo en conciencia, ver sentencias de: 28 de noviembre de 2002, exp. 22191; 8 de agosto de 2012, exp. 43089 y de 12 de febrero de 2014, exp. 48117

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163. 6

**FALLO EN DERECHO - Noción. Definición. Concepto / FALLO EN DERECHO - Apoyado en el derecho positivo**

El fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de allí que el marco de referencia sólo está en él. Por esa razón, el juez no sólo se encuentra sometido a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a las normas sustantivas que rigen los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley. En cambio, cuando el juez decide en conciencia se mueve en un marco diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, cuando actúa así tiene la facultad de resolver conforme a la equidad o según su leal saber y entender, o verdad sabida y buena fe guardada -ex aequo et bono-. En este orden de ideas, sólo cuando el fallo deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Pero si el juez adquiere la certeza con apoyo en el ordenamiento jurídico, en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, la decisión se dicta en derecho. (...) para distinguir el fallo en derecho de los demás, el inciso primero del art. 115 del Decreto 1818 indica que: "es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente", de manera que la concreción de esta expresión resulta problemática, pero decisiva, para entender su alcance, porque la causal de anulación que está asociado a ella consiste en dictar un fallo en conciencia cuando debió ser en derecho. En consecuencia, si la norma indica que el fallo en derecho es el que se apoya en el "derecho positivo" es necesario delimitar este

concepto jurídico indeterminado para concretarlo. Lo inmediato que cabe advertir es que la noción más pura y fuerte de la expresión derecho positivo alude al derecho escrito, bien por el legislador, bien por el gobierno, o bien por la autoridad que en cada caso tenga la potestad de crear normas. Esto significa que derecho positivo es el contenido en normas expedidas por las autoridades competentes para hacerlo. En la filosofía, en cambio, lo positivo es lo existente, lo tangible, lo establecido y dado de manera objetiva, por oposición a lo intangible y subjetivo, acepción que ayudó a construir la más técnica que usa el derecho. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre características del fallo en derecho consultar sentencias de: 6 de julio de 2005, exp. 28990; 3 de agosto de 2006, exp. 31354; 31 de enero de 2011, exp. 37788; 18 de enero de 2012, exp. 40082; 8 de agosto de 2012, exp. 43089 y de 12 de febrero de 2014, exp. 48117

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 115

**FALLO EN CONCIENCIA - Noción. Definición. Concepto / FALLO EN CONCIENCIA - Ningún Juez puede fallar en conciencia**

Un laudo se profiere en conciencia cuando la valoración de la causa petendi y su resolución es producto de la libre apreciación del juez, quien se aleja de las pautas que le impone el ordenamiento jurídico vigente, es decir, que su decisión se basa en el entendimiento personal del debate, ponderando las circunstancias de hecho y de derecho que lo configuran según su comprensión íntima de justicia, de lo correcto, de lo bueno y lo justo, dejando al margen las reglas jurídicas imperativas y no imperativas que contienen preceptos de valoración, todas externas, de una buena parte de los factores que inciden en la toma de la decisión judicial. En este orden de ideas, lo que se reprocha de un fallo en conciencia es la desestimación que el juez hace de las reglas jurídicas que delimitan la valoración de ciertos temas, aspectos y condiciones para proceder en el ordenamiento jurídico, social, comercial, etc., que se encuentran predeterminadas y valoradas por órganos usualmente dotados de legitimidad para expedir esas disposiciones –por ejemplo, el Congreso y el Gobierno- y que el juez debe aplicar. En este sentido, la libertad de formas y de contenido jurídico no está a disposición de los árbitros, que deben acatar las reglas predispuestas por el ordenamiento, así que su inobservancia hace incurrir al laudo en una decisión dictada en conciencia, puesto que la manera como resuelve el conflicto se fundamenta en una idea de justicia personal o individual, y esta forma de razonar la justicia hace abstracción de las reglas positivas vigentes –salvo voluntad del mismo juez en sentido contrario-, pero en realidad estas disposiciones son las que le interesan al sistema jurídico que se observen cuando se dicta un laudo donde es parte una entidad estatal. Dicho sea de paso, ni siquiera el juez natural del conflicto –en este caso la jurisdicción de lo contencioso administrativo- puede fallar en conciencia, y por eso quien lo reemplaza, en principio, tampoco puede hacerlo.

**REQUISITO PARA QUE SE CONFIGURE EL FALLO EN CONCIENCIA - Que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. Regulación normativa**

El fallo en conciencia, para que configure la causal de anulación del laudo, exige que “esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” –art. 163.6, Decreto 1818 de 1998-, de modo que en virtud de este requisito el legislador impuso una exigencia superlativa para valorarlo. (...) un laudo en conciencia debe ser evidente, es decir, no admitir duda sobre su carácter. Si el laudo ofrece dudas respecto a su calidad no puede calificarse como dictado en conciencia. (...) la ley procesal establece una especie de presunción, por cuya virtud ha de entenderse que un laudo se dicta en derecho, pero si la parte lo pone duda debe recurrir para

demostrar lo contrario, cuya apreciación exige un análisis simple. Si el estudio que se requiere es complejo, si la calificación admite dudas o debates, no es posible calificar la providencia como laudo en conciencia, porque el legislador exige una evidencia protuberante del vicio, que lo haga indiscutible. (...) Este requisito dista en demasía de lo que estableció el legislador para las demás causales de anulación, donde la omisión de una condición semejante significa que esta Corporación debe auscultar intensamente la eventual configuración del vicio que se alega, lo que amerita estudios exhaustivos de sus elementos constitutivos. Por ejemplo, si la causal es por fallo extemporáneo, inevitablemente se revisarán las providencias que influyeron en el término para dictarlo, sin que se admita un estudio somero, general o que eluda la valoración completa de los documentos que inciden en la causal. Lo propio aplica al vicio por fallo extrapetita, cuya valoración exige ponderar la demanda, su contestación –con las pretensiones y excepciones- y el laudo, para concretar con mucho rigor técnico si se incurrió o no en él. Por el contrario, si la norma estableciera que estos dos vicios se configuran sólo si es manifiesta su materialización, no cabe duda que la ponderación cambiaría, porque la intensidad de la apreciación variaría sustancialmente. En el caso concreto, la acreditación del laudo en conciencia no impone -ni puede hacerlo- un estudio profundo y detallado de carácter normativo o probatorio, sino uno externo y más superficial, sin que sea incompleto, que acredite que el laudo se dictó en conciencia sin mayores intervenciones conceptuales de fondo. Esta técnica de control al laudo, a través de esta causal, protege una elección que las partes del contrato hicieron cuando prefirieron la justicia alternativa a la natural: la decisión de única instancia. (...) un laudo se dicta en conciencia cuando a prima facie, sin mayores esfuerzos de comprensión jurídica, se descubre que la decisión no se fundamenta en las normas y en el razonamiento jurídico en general, sino en la convicción íntima del juez, con independencia de las directrices y determinaciones que provienen del sistema jurídico. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencias de: 28 de noviembre de 2002, exp. 22526; 3 de abril de 1992, exp. 6695; 24 de marzo de 2011, exp. 38484; 30 de abril de 2012, exp. 42126 y de 12 de febrero de 2014, exp. 48117

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163.6

#### **LAUDO EN CONCIENCIA O EQUIDAD - Criterios jurisprudenciales y legales que lo materializan**

a) Primer criterio definitorio de fallo en conciencia: es el que no se apoya en derecho positivo vigente, es decir en derecho que no rige. (...) para que un laudo se considere proferido en conciencia debe omitir la referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia. (...) la primera acepción jurisprudencial -de origen legal- de lo que constituye laudo en conciencia es la decisión con fundamento en normas inexistentes al momento de dictar el laudo, y agregó la Sala que lo será siempre que la norma sea definitiva para resolver el caso concreto, porque de no serlo no habría tenido incidencia en la decisión de los árbitros. (...) b) Segundo criterio definitorio de fallo en conciencia: es el que se dicta en equidad; aunque los árbitros no tienen proscrito absolutamente usarla como criterio auxiliar. (...) el fallo en equidad, en pura equidad, trasciende la actividad instrumental que ésta tiene al interior del art. 230 de la CP. Se convierte en criterio preponderante, casi único, de la razón que define las pretensiones de la demanda, y desecha la aplicación de reglas jurídicas concretas vigentes que rigen el caso sub iudice, para preferir el juicio personal sobre el institucional, que se representa en las normas y reglas vigentes, incluida la jurisprudencia de casos similares. De allí que la equidad desplaza al derecho positivo, y el juez se aleja del principio de legalidad que también lo vincula, para actuar como dictador –en el caso concreto- de las reglas

que deben o pueden resolver la controversia. (...) c). Tercer criterio definitorio de fallo en conciencia: La hermenéutica sobre las normas aplicables, sobre el contrato y sobre las actuaciones procesales. (...) no configura un fallo en conciencia el hecho de que el juez interprete una norma, o un concepto suyo, o toda una institución jurídica, para dirimir el conflicto. (...) d) Cuarto criterio definitorio de fallo en conciencia: La aplicación del contrato hace parte de la noción de fallo en derecho. (...) no sólo el contrato, como documento bilateral, es norma para las partes, y constituye derecho vigente, sino también los demás documentos que lo conforman, como el pliego de condiciones –que se integra al mismo-, la oferta y en general las comunicaciones y tratos preliminares, así como los ocurridos durante la ejecución del negocio, porque todos hacen parte de la noción de derecho ampliado que rige cada negocio jurídico. (...) e) Quinto criterio definitorio de fallo en conciencia: La condena sin consideración a las pruebas es un fallo en conciencia. (...) las pruebas del proceso, que deberían ofrecer convicción al tribunal de arbitramento, pero si no existen o carecen de soporte valorativo normativo afectan la validez de la decisión. (...) Esta tesis, sin embargo, no admite que se controvierta el laudo, a través del recurso de anulación, aduciendo que la valoración probatoria es incorrecta, inadecuada u otro defecto que el recurrente le endilgue a la providencia, porque en tal caso no se está en presencia de un fallo en conciencia sino de una providencia errática, que no admite controversia en el proceso de anulación, porque no se trata de una segunda instancia, es decir, de un recurso de apelación (...) f) Sexto criterio definitorio de fallo en conciencia: No lo constituye la incursión en una vía de hecho. (...) la comisión de una vía de hecho no es constitutiva de un fallo en conciencia, sin que ello signifique que la jurisdicción de lo contencioso administrativo haga caso omiso de una irregularidad semejante, es sólo que no puede olvidarse que el tribunal de arbitramento tramita un proceso de única instancia y que el Consejo de Estado sólo juzga vicios específicos de la decisión, no inconformidades generales frente a ella. (...) g) Séptimo criterio definitorio de fallo en conciencia: La decisión equivocada tampoco configura un fallo en conciencia. (...) el error en que incurran los árbitros al decidir no constituye un fallo en conciencia, sino una decisión equivocada, no controlable a través de la causal sexta de anulación –y de hecho a través de ninguna otra-. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencias de: 28 de noviembre de 2002, exp. 22191; 16 de 2008, exp. 34543; junio 10 de 2009, exp. 35288; 8 de julio de 2009, exp. 35869; 3 de febrero de 2010, exp.36364; 30 de abril de 2012, exp. 421261; e 23 de agosto de 2010, exp. 38051; 17 de noviembre de 2011, exp. 41029; 8 de agosto de 2012, exp. 43089 y de 12 de febrero de 2014, exp. 48117

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 230

**RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Meta Petroleum Corp. Sucursal Colombia y Ecopetrol S.A. / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal sexta de anulación. No prospera**

Como el recurso extraordinario de anulación no es una segunda instancia del procedimiento arbitral, y que para definir la aplicación de la cláusula controvertida el Tribunal tuvo en cuenta los elementos de juicio aportados al proceso, no prospera la causal 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, porque para que proceda es necesario demostrar que el juez se separó de las pruebas, que hizo abstracción de ellas para tomar la decisión, lo que no se predica de la decisión recurrida. (...) la inconformidad de la convocante no radica en que el Tribunal omitió la valoración probatoria; en realidad obedece a la conclusión desfavorable a sus intereses, supuesto que no se enmarca en la causal 6 de anulación de los laudos. Por tanto, la aparente omisión del Acta de Negociación, no es suficiente

para que se declare que el laudo se profirió en conciencia, porque además de que los árbitros sí la tuvieron en cuenta –según se transcribió-, no fue el único elemento de juicio que soportó la decisión. (...) para que no prospere el recurso extraordinario a esta Sala le basta verificar que el juez fundamentó la decisión en los elementos de juicio del proceso, lo cual excluye la posibilidad de que haya sido la posición personal del fallador y la separación de los medios de convicción hayan determinado la decisión. Por lo expuesto, y comoquiera que se advierte el fundamento normativo y probatorio del proceso, se negará pretensión anulatoria, por la causal 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. (...) La Sala no accederá a la solicitud de la recurrente porque el supuesto de hecho, que a su juicio constituye un fallo en conciencia, en realidad no se ajusta a los presupuestos de la causal de anulación.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163.6

**RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 8 / CAUSAL OCTAVA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal octava. Límite a la actividad judicial**

Esta causal protege la simetría que debe existir entre lo que las partes solicitan al juez y lo que éste decide, de manera que preserve el principio de la congruencia, previsto en el art. 305 del C. de P. Civil, constituyendo un límite a la actividad judicial. La causal se concreta en tres supuestos: i) cuando el Tribunal se pronuncie sobre aspectos que, según la Constitución y la ley, son ajenos a su conocimiento; ii) cuando las decisiones adoptadas en el laudo desborden la competencia delimitada por las partes, en el compromiso o cláusula arbitral y iii) cuando la decisión arbitral no es congruente con lo solicitado en la demanda o en la contestación, actuaciones que delimitan la relación jurídico-procesal, pues, de no ser así, el fallo sería extra o ultra petita. (...) la causal establece dos supuestos: primero, un pronunciamiento de los árbitros sobre aspectos que no son de su competencia, situación que, a su vez, se estructura en dos supuestos: a) cuando el laudo se pronuncia sobre cuestiones intransigibles, según la Constitución y la ley, y b) cuando los árbitros desbordan la competencia otorgada por las partes -en el compromiso o cláusula arbitral-, así se trate de asuntos transigibles. Según el segundo supuesto, los árbitros no pueden conceder más de lo pedido. Para definirlo el Consejo de Estado realiza un examen de la demanda y de la contestación, ya que son las pretensiones y los términos de la oposición los que definen el objeto del litigio y, por tanto, a ello se debe sujetar el Tribunal de Arbitramento, pues de extralimitarse proferirían una decisión extra o ultra petita, por tanto ajena a la voluntad de las partes, quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, excluyen sus controversias del conocimiento de la justicia ordinaria, para ponerlas a consideración de particulares, investidos transitoriamente de la potestad de administrar justicia. (...) sólo cuando el laudo no está en consonancia con los hechos, las pretensiones o las excepciones formuladas en la contestación de la demanda, se configura la causal, y debe anularse. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre fallo ultrapetita, consultar sentencia de abril 4 de 2002, exp. 20356. En relación con los aspectos que estructuran la causal octava de anulación de laudo arbitral, ver sentencia de agosto 10 de 2001, exp. 15286 y sentencia de junio 8 de 2006, exp. 32398. Relativo a la congruencia de la sentencia, consultar sentencia de 21 de marzo de 2007, exp. 32841.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163.8 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 305

**RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal octava de anulación. No prospera porque el tribunal se pronunció sobre asuntos de su competencia**

Es indispensable defender la imparcialidad de la justicia, que se pone en riesgo excesivo cuando la parte acude a la oficina privada o lugar de residencia del árbitro a entregar memoriales, no así a la oficina del secretario del tribunal, pues en este supuesto es innegable que el contacto juez-parte no se suele agotar en la recepción del escrito, sino que se extiende hasta la sustentación pormenorizada de lo que contiene el escrito, sin audiencia de la contraparte. Semejante actitud es inadmisibles en la justicia ordinaria, en relación con los jueces, y no por eso en la arbitral debe suceder lo contrario, porque la posición que ocupa el magistrado y el árbitro es la misma en relación con las partes de la controversia, es decir, deben ser imparciales y conceder las mismas oportunidades de ser oídos y defenderse. Además, la ley de mecanismos alternativos de solución de conflictos favorece otra cosa: cambiar el juez del litigio, pero no hacer que éste asuma un rol diferente al que corresponde a todo administrador de justicia. En consecuencia, el efecto que se sigue de estas ideas, aplicadas al caso concreto, es que los memoriales presentados por MPC o por Ecopetrol, en la Cámara de Comercio de Bogotá o en la oficina del Secretario del tribunal, son admisibles en este tipo de mecanismo alternativo de solución de conflictos, por eso debió darles el trámite que correspondía, como sucedió con la solicitud de aclaraciones y complementación que presentó Ecopetrol. Del mismo modo, la hora límite de entrega de estos documentos no quedó atada al horario de la Cámara de Comercio de Bogotá, pues es claro que no era el único sitio de entrega de los documentos que las partes aportaban. En los términos expuestos esta causal de anulación tampoco prosperará, porque el tribunal de arbitramento se pronunció sobre asuntos sobre los cuales tenía competencia.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá, D.C., febrero doce (12) de dos mil catorce (2014)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00048-00(46779)**

**Actor: META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA**

**Demandado: ECOPETROL S.A.**

**Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL**

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral proferido el 13 de marzo de 2013, por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias surgidas entre la sociedad Meta Petroleum Corp. Sucursal Colombia –en adelante por sus siglas MPC, o la recurrente, la demandante, la convocante o la parte actora- y Ecopetrol S.A. –en adelante Ecopetrol, el convocado, el demandado o la entidad- (fls. 423 a 609, cdno. ppal.) que negó las pretensiones, en los siguientes términos:

### **“III PARTE RESOLUTIVA**

“En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado por **META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA** contra **ECOPETROL S.A.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por habilitación de las partes y por autoridad de la Ley,

#### **“RESUELVE:**

“**PRIMERO.-** Declarar que el numeral 14.9.3. de la Cláusula 14 ‘DISTRIBUCIÓN Y DISPONIBILIDAD DE LOS HIDROCARBUROS’ del Otrosí No. 1 al Contrato de Asociación Quifa suscrito el 25 de mayo de 2005, debe ser aplicado por las Partes en el sentido de que la ‘Participación Adicional en Producción para ECOPETROL por Precios Altos -PAP’ debe ser calculada sobre la totalidad de la producción del pozo y no tan solo de la parte correspondiente a Meta Petroleum.

“**SEGUNDO.-** En consecuencia se niega la pretensión de la demanda inicial, se acoge la primera de la demanda de reconvencción y se niegan las excepciones formuladas contra la pretensión primera de la demanda de reconvencción.

“**TERCERO.-** Declarar que respecto de la pretensión segunda de la demanda de reconvencción, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, no hay lugar a pronunciamiento por no haber sido habilitado el Tribunal para hacerlo en el documento de compromiso.

“**CUARTO.-** Rechazar, por las razones expuestas en la parte considerativa de este laudo, la objeción por error grave que se formuló contra le peritazgo rendido dentro del proceso y ordenar el pago de los honorarios de la perita.

“**QUINTO.-** Declarar que, por las razones expuestas en la parte motiva del laudo, no hay lugar a imponer condena en costas y cada parte asume los respectivos gastos.

**“SEXTO.-** Declarar que el saldo de los honorarios, causados al quedar en firme el auto que declaró la competencia en la primera audiencia de trámite de fecha de (sic) 22 de agosto de 2012, debe ser entregado a los árbitros y a la secretaria del Tribunal y se ordena su pago.

**“SÉPTIMO.-** En firme el presente Laudo el Presidente procederá a la protocolización del expediente en la Notaría Primera (1ª) del Círculo de Bogotá e igualmente rendirá cuenta a las partes de los gastos del proceso y, si hubiere lugar a ello, las requerirá para que por partes iguales y en un plazo máximo de ocho (8) días hábiles, asuman los valores faltantes para cubrir los gastos de protocolización.

**“OCTAVO.-** Ordenar que por Secretaría se expida copia auténtica del presente Laudo, con las anotaciones que ordena la ley, con destino a las partes y al Procurador Judicial, y una copia adicional para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. –fls. 608 y 609, cdno. ppal.-.

## **ANTECEDENTES**

### **1. El laudo impugnado**

La sociedad Meta Petroleum Corp. Sucursal Colombia, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda arbitral, el 2 de abril de 2012, contra Ecopetrol S.A., con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones –fl. 22 y s.s., cdno. ppal.-:

#### **“I. ‘PRETENSIONES.**

“Con citación de la Parte Convocada y siguiendo el trámite propio del proceso arbitral convenido entre las Partes, solicito se formulen las siguientes declaraciones:

##### **“Principal**

Que se declare que el numeral 14.9.3 de la Cláusula 14 ‘DISTRIBUCIÓN Y DISPONIBILIDAD DE LOS HIDROCARBUROS’ del Contrato de Asociación Quifa, suscrito entre ECOPETROL S.A. y META PETROLEUM LTD. el 22 de diciembre de 2003, debe ser interpretado y aplicado por las Partes en el sentido de que la ‘Participación Adicional en Producción para ECOPETROL por Precios Altos -PAP’ debe ser calculada exclusivamente sobre la participación en la producción que corresponde a META PETROLEUM, de conformidad con los criterios, parámetros, tablas, fórmulas y metodologías de cálculo que se desprenden de la Cláusula 39 ‘DERECHOS POR PRECIOS ALTOS’ y del Anexo D.2 ‘DERECHOS ECONÓMICOS POR PRECIOS ALTOS’ del modelo de Contrato de Exploración y Producción de la Agencia Nacional de

Hidrocarburos (ANH) vigente a la fecha de firma del Otrosí No. 1 al Contrato de Asociación Quifa, suscrito el 25 de mayo de 2005.

**“Costas**

“Que se condene al Demandado a pagar, a favor del Demandante, las costas y expensas –incluidas las agencias en derecho- del presente proceso arbitral’.”. –fl. 437, cdno. ppal.-.

Como fundamento de la demanda adujo que celebró con Ecopetrol un contrato de asociación denominado “Contrato de Asociación Quifa”, cuyo objeto fue la exploración y explotación de Hidrocarburos de propiedad del Estado que pudieran encontrarse en el área descrita en el anexo A del negocio, en el sector denominado “Quifa”, ubicado en el municipio de Puerto Gaitán, Meta.

Señaló que mediante comunicación del 2 de agosto de 2004, MPC le propuso a Ecopetrol modificar las condiciones económicas del negocio, de conformidad con la Cláusula 41 del mismo, y que allí indicó que se reconocería el derecho por precios altos a favor del Estado Colombiano.

Igualmente, manifestó que “se plasmó que la convocante tendría el cien por ciento (100%) de la renta petrolera de los hidrocarburos descubiertos en el área del Contrato, teniendo en cuenta que asumiría el cien por ciento (100%) de los gastos de inversión” –fl. 439, cdno. ppal.- No obstante, señaló que se debía reconocer a Ecopetrol los derechos por precios altos para hidrocarburos.

También expresó que con el fin de ratificar la propuesta, el 13 de octubre de 2004 remitió el acta de negociación, en la que se identificó su posición frente a las condiciones económicas del negocio. Igualmente, advirtió que nunca fueron rechazadas u objetadas por Ecopetrol.

Una vez terminó la negociación, la convocada envió a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, el 10 de febrero de 2005, la comunicación VEX-000102, mediante la cual dio informo sobre la aplicación de la cláusula 41 del Contrato, manifestando que la participación en la producción sería del 40% para Ecopetrol y del 60% para la Asociada”. No obstante, señaló que tal documentó no fue aprobado ni conocido por MPC.

Posteriormente la Agencia Nacional de Hidrocarburos profirió el Acuerdo No. 13, del 18 de abril de 2005, en virtud del cual se aprobaron las modificaciones al

contrato de asociación, en los términos de la solicitud de Ecopetrol, especificando que los cambios obedecían a la voluntad de las partes.

Asimismo, Ecopetrol manifestó que el 6 de mayo de 2005 le envió el Otrosí No. 1 al Contrato de Asociación Quifa, y que el 19 del mismo mes, MPC remitió la modificación al contrato, firmada por su representante legal. Este Otrosí introdujo - en el numeral 14.9-, la figura de la participación adicional en producción para Ecopetrol por precios altos –PAP-, con la que se acordó que: “cuando la producción acumulada en el bloque Quifa superara un determinado nivel (5 millones de barriles para el caso de Hidrocarburos Líquidos) y hubiese un incremento del precio de los hidrocarburos según la fórmula acordada, ECOPETROL obtendría una participación adicional en la producción, con una consecuente reducción de la participación de MPC”. –fl. 440, cdno. ppal.-.

Además, afirmó que el 1 de abril de 2011, el operador del campo Quifa le comunicó a Pacific Rubiales Energy y a Ecopetrol, que en el mes de abril de esa anualidad estimaba que se alcanzaría la producción acumulada de 5 millones de barriles. Así mismo, adujo que el 3 de abril se superó el nivel de producción previsto para la aplicación de lo dispuesto en la cláusula 14.9 respecto del PAP, y que el 8 de abril Ecopetrol le informó a la convocante el nuevo porcentaje que le correspondía sobre la producción, de conformidad con las modificaciones introducidas en el Otrosí. Sin embargo, Pacific Rubiales, en su calidad de matriz de Meta Petroleum, le comunicó a la convocada que dicho porcentaje era distinto al inicialmente pactado por la empresa estatal.

Como consecuencia de lo señalado, MPC afirma que las partes evidenciaron una diferencia respecto de la interpretación y aplicación de lo dispuesto en la Cláusula 14.9 del negocio, por lo que acudieron al Comité Ejecutivo del Contrato quien finalmente realizó una sesión el 18 de julio de 2011.

Por su parte, al contestar la demanda la convocada aceptó unos hechos, negó otros, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las siguientes excepciones de mérito: i) “imposibilidad absoluta de interpretar o aplicar la cláusula 14.9. ‘Participación adicional en producción para Ecopetrol por precios altos’ contenida en el Otrosí No. 1 al Contrato de Asociación ‘Quifa’, en el sentido de ser calculada exclusivamente sobre la participación de la producción que corresponde a Meta Petroleum. Por ser contraria dicha solicitud a la claridad absoluta de la

cláusula”; ii) “imposibilidad absoluta de interpretar o aplicar la cláusula 14.9 ‘Participación adicional en producción para Ecopetrol por precios altos’ contenida en el Otrosí No. 1 al Contrato de Asociación ‘Quifa’, en el sentido de ser calculada exclusivamente sobre la participación de la producción que corresponde a Meta Petroleum, por no haber obedecido a la voluntad de las partes, y por no haberse establecido así en el contrato”; iii) “imposibilidad absoluta de interpretar o aplicar la cláusula 14.9. ‘Participación adicional en producción para Ecopetrol por precios altos’ contenida en el Otrosí No. 1 al Contrato de Asociación ‘Quifa’, en el sentido de ser calculada exclusivamente sobre la participación de la producción que corresponde a Meta Petroleum, por no tener carácter vinculante la expresión contenida en el pretensión ‘de conformidad con los criterios, parámetros, tablas, fórmulas y metodologías de cálculo...’.”; y iv) “Excepción de oficio.- la genérica y oficiosa del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.”

Además, demandó en reconvención a Meta Petroleum Company, alegando las siguientes pretensiones:

#### “PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SUS CONSECUENCIALES

“PRIMERA.- Que se declare que la cláusula 14.9, debe ser aplicada en su integridad, de conformidad con la voluntad expresa y clara de las partes, contenida en el documento VEX-000102 del 10 de febrero de 2005, solicitud de modificaciones al Contrato de Asociación Quifa; el Acuerdo No. 013 del 18 de abril de 2005, con el que la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS, (ANH) autoriza las modificaciones al Contrato de Asociación, y el Otrosí No. 1 al Contrato de Asociación Quifa, suscrito el 25 de mayo de 2005; en el sentido de que el porcentaje que resulte de aplicar la fórmula contenida en la cláusula 14.9.3 del otro sí No. 1 al Contrato de Asociación Quifa, suscrito el 25 de mayo de 2005, debe adicionarse al porcentaje establecido para ECOPETROL, en la Cláusula 14.2 del Otrosí No. 1 al Contrato de Asociación Quifa, suscrito el 25 de Mayo de 2005, tal y como lo dispone el numeral 14.9.1 del Otrosí mencionado y como lo señaló ECOPETROL en la sesión No. 18 del Comité Ejecutivo Extraordinario de la Asociación Quif, el 18 de julio de 2011.

“SEGUNDA:- Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a la DEMANDADA EN RECONVENCIÓN, a entregar a ECOPETROL el volumen de hidrocarburos que resulte de la aplicación de la cláusula 14.9.3 del Otrosí, suscrito el 25 de Mayo del año 2005, en la forma solicitada en la Pretensión Primera de esta demanda, a partir del mes de Abril del año 2011, fecha en la cual se alcanzó el Barril 5.000.001.

“TERCERCA.- Que se condene en costas a la parte demandada en caso de oposición”. -fl. 446, cdno. ppal.-.

En esta demanda Ecopetrol reiteró la mayoría de los hechos expuestos por MPC; y puso en conocimiento del Tribunal su posición frente a la interpretación de la cláusula 14.9.3. del Otrosí. Al contestar, Meta Petroleum se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de: i) “incompetencia de jurisdicción”; ii) “inobservancia del principio de buena fe”; iii) “prevalencia de la intención de las partes”; iv) “interpretación a favor del deudor”; v) “prohibición del enriquecimiento sin justa causa”; y vi) “la que establezca el tribunal de arbitramento de acuerdo a la sana crítica”.

En los términos indicados en el proceso, el tribunal de arbitramento, en *primer lugar*, desechó las objeciones por error grave que formularon el Ministerio Público y la convocada contra el experticio practicado. Lo mismo decidió frente a la tacha de sospecha contra el testigo Camilo Ernesto Vela Villota, propuesta por la convocante por ser trabajador de la sociedad convocada.

A continuación, expuso los fundamentos de hecho y de derecho de cada una de las demandas, e hizo vastas consideraciones sobre la hermenéutica contractual, apoyadas en las normas civiles, en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y en la doctrina nacional y extranjera. Posteriormente se refirió a la interpretación del contrato, advirtiendo, en primer lugar, que la fórmula controvertida para calcular la participación adicional “no dispone en su texto expresamente a que base se aplica”. –fl. 485, cdno. ppal.-. No obstante, aseguró que si tal estipulación se examinaba en conjunto, la participación de Ecopetrol debía calcularse sobre la producción total, porque “no se establece cualificación alguna, de ahí que debe entenderse en el sentido anotado, pues si los contratantes no distinguieron, no es posible hacerlo salvo que se llegare a probar un acuerdo modificadorio, que no encuentra establecido probatoriamente el Tribunal.” –fl. 485, cdno. ppal.-. Más adelante manifestó que la ausencia de calificación implicaba hacer referencia a la producción total del campo, porque, entre otras cosas, “si se hubiera querido hacer referencia a la producción de la asociada así se hubiera precisado.” –fl. 485, cdno. ppal.-.

En el mismo sentido, concluyó que de conformidad con el objeto de la modificación, el PAP fue definido como el porcentaje de participación adicional en la producción para Ecopetrol, por ello “desde el punto de vista gramatical, dicha fórmula se aplica a la producción, sin calificativos, que se refiere a la producción total del campo,

pues se trata de determinar una participación adicional en ella.” –fl. 485, cdno. ppal.-. Por otra parte, consideró que la producción total no era deducible únicamente de la cláusula controvertida, sino que a ella también se referían las estipulaciones Nos. 12, 13 y 14 del negocio.

Acto seguido, se refirió a las evaluaciones realizadas por la firma Petrotech Engineering –fl. 487, cdno. ppal.-. Determinó que la participación de Ecopetrol coincidió con la liquidada por la entidad estatal –en comunicaciones que también expuso a folio 487-, motivo por el cual dedujo que la misma se calculó teniendo como base la producción total del campo.

De otro lado, aun cuando se refirió a la interpretación del contrato de acuerdo con su literalidad, también aludió a la aplicada de conformidad a los antecedentes del Otrosí. Desde esta perspectiva, luego de un extenso análisis sobre los elementos de convicción, llegó a la misma conclusión, es decir, que la voluntad de las partes no era distinta al texto del negocio. En otros términos, que la intención fue calcular la participación adicional para Ecopetrol, con base en la producción total del área – campo o pozo- acordada.

En otras consideraciones, desvirtuó la solicitud de aplicar una cláusula de favorabilidad, alegada por la convocante, y se refirió al sentido económico de la fórmula.

También interpretó la cláusula demandada de acuerdo con la naturaleza del negocio jurídico, y aseguró que el contrato de asociación podía modificarse, pero que tal variación debía ser equiparable, de conformidad con la cláusula 41, a aquellos de la misma naturaleza y no a los que la ANH se disponía a celebrar.

El tribunal también se pronunció sobre la interpretación sistemática del contrato, y concluyó que “no establece que la participación adicional se calcule sobre la participación de la Asociada, sino que una vez determinada la participación adicional, la participación de la Asociada se reducirá en la misma proporción, Por consiguiente la reducción de la participación de la asociada es simplemente una consecuencia del incremento de la participación de Ecopetrol por la vía de la participación adicional, pero nada en el contrato permite concluir que la participación adicional debe necesariamente calcularse sobre la participación de la asociada.” –fl. 564, cdno. ppal.-.

Por otra parte, desvirtuó la interpretación a favor del deudor o contra el redactor de la cláusula, propuesta por la convocante, porque era una regla subsidiaria excluida de aplicación. Desestimó, igualmente, la afirmación de MPC, según la cual la falta de registro en los libros de comercio, que le correspondía hacer a Ecopetrol por su participación en precios altos, le impedía recibir tales utilidades, porque de ser así la empresa estatal ni siquiera tendría derecho a percibir el beneficio adicional, teniendo en consideración la base para calcular la fórmula aducida por la convocante. Acto seguido, concluyó que ninguna de las partes violó el principio de buena fe.

De esta manera, el Tribunal examinó la participación de la Junta Directiva de la convocada en la suscripción del Otrosí modificatorio, y concluyó que se acogió al contrato tal como se celebró, “pues el mismo se ha venido ejecutando tanto por Ecopetrol como por Meta Petroleum y al celebrar el compromiso que dio origen a este proceso Ecopetrol adopta como suyo el texto del contrato con la interpretación que ha reconocido el Tribunal, es decir que si hubiera duda sobre el particular, se ha ratificado lo convenido por su representante legal.” –fl. 587, cdno. ppal.-.

Finalmente, el Tribunal consideró que no estaba habilitado para pronunciarse respecto de la pretensión segunda consecencial de la demanda de reconvención, por no estar contenida en el compromiso suscrito para acudir a la justicia arbitral. Así mismo, declaró no probada la excepción segunda formulada por la convocada, porque no se configuraron los presupuestos de la teoría del enriquecimiento sin causa; y se abstuvo de condenar en costas.

## **2. El recurso de anulación**

La parte convocante cuestionó el laudo arbitral, invocando las causales de anulación que contemplan los numerales 6 y 8 del artículo 163 de Decreto 1818 de 1998<sup>1</sup>; argumentos a los que se opuso Ecopetrol; y frente a los cuales el

---

<sup>1</sup> Esas causales establecen: “Art. 163. Son causales de anulación del laudo las siguientes: (...)

“6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.”

(...)

“8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”

Ministerio Público emitió concepto. A continuación se resumirán las posiciones frente a cada causal, en este mismo orden, para facilitar su comprensión.

**2.1. Causal No. 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.”.**

**2.2.**

**2.2.1. Posición de la recurrente**

a) Aseguró que “**El Tribunal se apartó caprichosamente de la apreciación y valoración del acervo probatorio acerca de la imposibilidad de aplicar literalmente la cláusula controvertida**”, porque en la decisión prevaleció la interpretación literal de la cláusula demandada, aunque desde la perspectiva exegética debía concluirse que ésta era inaplicable e incompleta, como se evidenció del material probatorio que el Tribunal caprichosamente ignoró al formular sus conclusiones.

En este orden, señaló que la verdadera literalidad del acuerdo estaba atada a una fórmula matemática, que definía la participación adicional de ECOPETROL, pero que era *inaplicable* porque así lo indicaban los siguientes medios de convicción: El técnico Tomás de la Calle, manifestó sobre la fórmula de pago que “ ‘...quedó incompleta, técnicamente está mal hecha porque no se sabe a qué volumen aplica...” –fl. 905, cdno. ppal.-. Asimismo, la perito designada por el Tribunal de arbitramento aseguró que no se pactó la base sobre la que debía aplicarse la referida fórmula, “esto es, si debía serlo sobre la totalidad de la producción de QUIFA o sólo sobre la participación de la asociada.” –fl. 905, cdno. ppal.-.

En este orden, los árbitros desatendieron las pruebas transcritas, por eso ignoraron el deber de fundamentar la decisión en los elementos de convicción obrantes en el expediente. Asimismo, a MPC le parece irónico que el Tribunal considere que la cláusula 14.9.3. se aplique a toda la producción del campo Quifa, pero que también señale que estaba incompleta. Finalmente, señaló que el Tribunal ignoró los antecedentes de las relaciones contractuales surgidas entre convocante y convocada porque de haberlas advertido la conclusión de la interpretación del pacto sería distinta.

b) En *segundo lugar* afirmó que “El Tribunal se apartó infundadamente de la apreciación y valoración de las pruebas en lo referente al acuerdo al que llegaron META PETROLEUM y ECOPETROL para liquidar el PAP sólo sobre la producción a favor de META PETROLEUM”.

Aseguró que mediante la comunicación del 13 de octubre de 2004, el Presidente de la empresa convocante le envió a la Gerencia de Contratos y Negociaciones de Ecopetrol un documento denominado “Acta de Negociaciones Contratos (sic) de Asociación Quifa”, del 11 de octubre del mismo año, en el que, luego de varias conversaciones, las partes acordaron que Ecopetrol tendría derechos económicos sobre el “Volumen de Hidrocarburos de la Asociada”.

Agregó que aunque el documento no lo suscribieron las partes, sí existió el acuerdo, incluso, los funcionarios de Ecopetrol hicieron uso de la referida “Acta de Negociación Contratos (sic) de Asociación Quifa”, aceptándola, porque expresó los acuerdos que contienen la modificación del contrato de asociación.

Así mismo se lamentó por la omisión del tribunal en valorar correctamente el Acta No. 27 de la Junta Directiva de Ecopetrol -del 21 de octubre de 2004-, donde “consta que a su consideración se llevaron los *otrosís* (sic) de los contratos de asociación, ‘**para aprobación de los términos acordados con el socio**’, dentro de los cuales se encontraban el Contrato de Asociación Quifa.” –fl. 911, cdno. ppal.-. Señaló que el Tribunal, en lugar de observar correctamente lo anterior, “... indagó acerca de los antecedentes del contrato QUIFA y de su Otrosí, para concluir que era prácticamente irrelevante el acuerdo alcanzado en octubre de 2004 y que ninguna significación tenía la aprobación de la Junta Directiva de ECOPETROL, impartida a la modificación del Contrato QUIFA, de fecha 21 de octubre de 2004. De esta forma, hizo caso omiso a todo un arsenal probatorio que, con dificultad fue recaudado en el proceso.” –fl. 910, cdno. ppal.-

De igual manera reprochó que el laudo no tuvo en cuenta el documento electrónico circulado internamente por los funcionarios de Ecopetrol, el 30 de diciembre de 2004, en el que el autor del mensaje afirmó: “ ‘... sobre el asunto del Contrato Quifa les informo lo siguiente: 1) **En el contrato de Asociación Quifa se alcanzaron los acuerdos que se plantean en el Acta de Negociación que adjunto,** los cuales fueron aprobados por la Junta Directiva en la sesión de 21 de octubre de 2004 (Memo DSP - 391 y Acta No. 027)’. ”. En el mismo orden, la

recurrente afirmó que ese correo electrónico tenía un archivo adjunto, denominado “*Quifa\_ActaOctubre1104.doc*” que correspondía al “Acta de Negociación Contratos (sic) de Asociación Quifa”, según el cual la fórmula tan mencionada se liquidaría sobre el “Volumen de Hidrocarburos de la Asociada”. – fl. 911, cdno. ppal.-.

En conclusión, pese a que las pruebas del proceso –Acta No. 27 de la Junta Directiva de Ecopetrol y Acta de Negocios, especialmente- evidenciaban que el 11 y el 21 de octubre de 2004 la voluntad de las partes se dirigió a que la fórmula para calcular el pago a favor de ECOPETROL se liquidaría conforme al “Volumen de Hidrocarburos de la Asociada”, el Tribunal concluyó, a propósito del Acta de Negociación, que “ ‘en ese momento no se llegó a un acuerdo definitivo con Ecopetrol.’ ” –fl. 912, cdno. ppal.-.

Además, el Tribunal omitió que el “acta de negocios” fue referente cierto de los acuerdos de las partes y que no era válida la conclusión de los árbitros sobre las tratativas entre las partes, posteriores al Acta No. 27, porque de ser así se habría consignado su voluntad definitiva en algún otro documento. Finalmente, el Tribunal obró de manera simple y caprichosa al afirmar que los antecedentes del *otrosí* evidenciaban que la intención de las partes fue liquidar la cláusula de precios altos –PAP- en beneficio de Ecopetrol, sobre la producción del campo, cuando los elementos de convicción indican otra cosa.

c) La *tercera inconformidad* que apoya la idea de que se produjo un laudo en conciencia afirma que “**El Tribunal hizo caso omiso del acervo probatorio existente acerca de que META PETROLEUM no manifestó su voluntad expresa y clara sobre el contenido del documento VEX-000102 del 10 de febrero de 2005**”.

Aseguró que la *pretensión principal* de la demanda de reconvención -finalmente acogida por el Tribunal- fue: “Que se declare que la cláusula 14.9, debe ser aplicada en su integridad de conformidad con la voluntad expresa y clara de las partes, contenida en el documento VEX-000102 del 10 de febrero de 2005...” –fl. 917, cdno. ppal.-.

No obstante, el recurrente discute que para acceder a esta pretensión era necesario acreditar que el “documento VEX-000102 del 10 de febrero de 2005”

consagraba la voluntad expresa y clara de las partes sobre el alcance de la cláusula 14.9 del *otrosí*. Sin embargo, ese documento se tramitó -a juicio de la recurrente- “a espaldas de META PETROLEUM” –fl. 919, cdno. ppal.-, en ese orden se demostró que allí no se plasmaron los propósitos de la convocante.

En estos términos, el Tribunal se apartó de las pruebas y de sus propias conclusiones, al acceder a la pretensión de ECOPETROL –porque admitió que META PETROLEUM no conoció ni suscribió el documento-, lo que constituye un fallo en conciencia, porque:

“Conforme a las anteriores consideraciones realizadas por el Tribunal no es posible que el oficio VEX-000102, del 10 de febrero de 2005, recoja ‘la voluntad expresa y clara de las partes’ sobre asunto alguno, porque el mismo se tramitó a espaldas de META PETROLEUM.” –fl. 919, cdno. ppal.-.  
“(...)”

“Es francamente inconcebible que, tras las consideraciones realizadas, el Tribunal acoja la pretensión principal de la demanda de reconvención, pues de acuerdo con sus considerandos, META PETROLEUM nunca conoció del contenido del oficio VEX- 000102 del 10 de febrero de 2005 y, en consecuencia, no expresó su voluntad sobre el mismo.” –fl.920, cdno. ppal.-.

**d) El cuarto argumento que expone el recurrente para justificar que se expidió un laudo en conciencia expresa que: “El tribunal hizo caso omiso del acervo probatorio existente acerca de que META PETROLEUM no manifestó su voluntad expresa y clara sobre el Acuerdo No. 13 del 18 de abril de 2005, emanado de la ANH”**

La pretensión principal de la demanda de reconvención -finalmente acogida por el tribunal-, fue: “... Que se declare que la cláusula 14.9, debe ser aplicada en su integridad de conformidad con la voluntad expresa y clara de las partes, contenida en el Acuerdo No. 013 del 18 de abril del 2005, con el que la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS, (ANH) autoriza las modificaciones al Contrato de Asociación...” –fl. 921, cdno. ppal.-. No obstante -en sentido similar al argumento anterior-, para que procediera era necesario acreditar que la voluntad expresa y clara de las partes “estuviera recogida en el Acuerdo No. 013 del 18 de abril de 2005, con el que la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS, (ANH) autorizó las modificaciones al Contrato de Asociación”, lo que no sucedió –fl. 921, cdno. ppal.-.

En concordancia con lo expuesto, el artículo 2 del Acuerdo 13 de 2005 dispuso: “Abstenerse de aprobar las modificaciones relacionadas con las condiciones económicas, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acuerdo.” – fl. 921, cdno. ppal.-. Es decir, a juicio del recurrente las previsiones del Acuerdo No. 13 no modificaron las condiciones económicas del contrato, por eso la pretensión de Ecopetrol no prosperaba. En esto términos:

“(iv) Se estableció hasta la sociedad que META PETROLEUM no conoció del oficio VEX-000102 del 10 de febrero de 2005, que ECOPETROL envió a la Agencia Nacional de Hidrocarburos –ANH, así como que el Acuerdo No. 13 del 18 de abril de 2005, mediante el cual la ANH autorizo (sic) las modificaciones al contrato de asociación y el Otrosí No. 1, corresponde a un documento no consentido por META PETROLEUM, en el entendido de que, se reitera, fue respuesta de la comunicación VEX-000102 del 10 de febrero de 2005 que, como se indicó en el punto anterior, nunca conoció, acordó, ni ratificó META PETROLEUM.” –fl. 922, cdno. ppal.-.

### **2.2.2. Posición de Ecopetrol frente al cargo**

Negó que se haya omitido el material probatorio del proceso, porque la interpretación de la cláusula contractual objeto del litigio se fundamentó, entre otros, en el Otrosí No. 1 al Contrato de Asociación Quifa, así que se tuvo en cuenta toda manifestación que servía de criterio hermenéutico. Bajo esta perspectiva, a folio 63 del laudo se estableció:

“Adicionalmente, cuando se examina el conjunto del contrato se observa que cuando el mismo se refiere a la producción, sin calificarla, alude a la producción total del campo, tal y como ocurre en la cláusula 12 del Contrato que regula la Producción, la cláusula 13 que regula las regalías o la cláusula 14 que trata sobre la distribución de la producción ya mencionada.” –fl. 958, cdno. ppal.-.

Manifestó que el sentido en que se interpretó la cláusula obedeció a los siguientes elementos de juicio: el informe de Petrotech Engineering, que aclaró que era aplicable con fundamento en criterios hermenéuticos literales y técnicos; las comunicaciones de liquidación del PAP mensual enviadas por la convocada a MPC, y al dictamen pericial rendido por la perito Gloria Zady Correa, luego no es cierto que los árbitros se apartaron del material probatorio.

En el mismo orden, el análisis de la fórmula del PAP no se refirió a la aplicación descontextualizada de los literales que la componen, porque el Tribunal complementó la interpretación a partir de lo reglado en el numeral 14.9.2 y en otros

criterios hermenéuticos, en forma analítica, extensa y profunda. Además, la inconformidad de la recurrente no se concretó por un fallo en conciencia, sino por la valoración que hicieron los árbitros de los elementos de prueba, así que no es cierto que se dejó de examinar los demás contratos de asociación suscritos.

Asimismo se pronunció sobre la presunta falta de valoración de las actas que exteriorizaron la voluntad de la Junta Directiva de Ecopetrol –Acta No. 27 y Acta de negociación-. En este orden, no se presentó tal inadvertencia, porque a folio 75 y siguientes del laudo se analizó el comunicado del 13 de octubre de 2004, que contiene el “Acta de Negociación de Contratos de Asociación Quifa”. Incluso, para valorar el documento, el Tribunal “no se limitó a su exclusiva lectura, sino que acudió a otros medios probatorios que le auxiliaron en la tarea de asignarle al Acta el peso y la medida adecuados en la formación de su criterio.” –fl. 976, cdno. ppal.-

Por otra parte, respecto al Acta No. 27 –que contiene una manifestación de voluntad de la Junta Directiva de Ecopetrol -, adujo que se valoró –acápite 4.6 de la decisión- y que con ella se acreditó “ (...) una Participación adicional en producción para Ecopetrol por precios altos del petróleo, según criterios y escala de la ANH.”, pero que la aprobación fue genérica, no en detalle “limitándose a señalar que en el otrosí se incluiría una ‘Participación adicional en producción para Ecopetrol por precios altos del petróleo, según criterios y escala de la ANH’ sin señalar ninguna base...” –fl. 984, cdno. ppal.-

Finalmente, se pronunció sobre el documento VEX–000102, del 10 de febrero de 2005, y sobre el Acuerdo No. 13 de 2005 de la ANH. Afirmó que el Tribunal tuvo evidencia suficiente que indicó que MPC conoció y enseñó su intención clara y expresa sobre el contenido de la comunicación VEX–000102, que no fue otra que la consignada en el otrosí No. 1 al Contrato de Asociación Quifa. Para llegar a esta conclusión el Tribunal no hizo abstracción del material probatorio, ni se apartó de estimar, en derecho, la pretensión acogida. De este modo, Ecopetrol destacó de la actitud de la recurrente su inclinación a controvertir los aspectos jurídicos y probatorios del laudo, lo que no se circunscribe a la causal de anulación alegada.

### **2.2.3. Concepto del Ministerio Público**

La decisión no se profirió en conciencia, porque el Tribunal valoró las pruebas del proceso, lo que acreditó mediante un análisis detallado de la manera en que lo hizo. Por tanto, las conclusiones que obtuvo no son caprichosas, ni dictadas en equidad; y lo que se observa es que MPC está inconforme con el valor que el juez le asignó a esos medios de prueba.

**2.2 Causal No. 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: “Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.”**

### **2.2.1 Posición de la recurrente**

El cargo lo desarrollo por medio de dos cuestionamientos:

**a)** Se configuró la causal porque **“El Tribunal arbitral falló *ultra petita* al señalar que el numeral 14.9.3 de la Cláusula 14 debe ser aplicado sobre la totalidad del campo Quifa”** –fl. 934, cdno. ppal.-. Sostiene que ninguna pretensión de Ecopetrol ni de MPC solicitó declarar que el PAP debía liquidarse sobre “la totalidad de la producción del pozo o campo”, como finalmente lo decidió el Tribunal, y en esto consiste la incongruencia. De hecho, la convocante sólo pidió que se declarara que la liquidación se debía hacer “sobre su participación en la explotación”; y que Ecopetrol -en la demanda de reconvencción- tampoco pidió que se declarara que el pago se hiciera sobre la “totalidad de la producción”.

En este sentido, al resolver lo último los árbitros “decidieron despachar desfavorablemente la Primera Pretensión de la demanda de META PETROLEUM, pero no por ello estaban facultados para sustituir las pretensiones de la demanda de reconvencción de ECOPETROL, lo que finalmente ocurrió, concediendo una pretensión diferente y de la propia cosecha del tribunal, lo cual hace que se configure la causal octava del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.”. –fl. 936, cdno. ppal.-.

**b)** El *otro cuestionamiento* descalifica la aclaración que el Tribunal hizo al laudo, porque la profirió cuando ya no tenía competencia, teniendo en cuenta que atendió la solicitud que formuló Ecopetrol, pero: i) en forma extemporánea, porque la entidad entregó la solicitud de aclaración al laudo el 20 de marzo de 2013, después de la cinco (5:00 pm.) de la tarde, día y hora en el que venció el término

para presentarla; y ii) entregó la solicitud en el lugar equivocado, porque se radicó en la oficina privada de la Secretaria del Tribunal, cuando debió hacerlo en las instalaciones de la Cámara de Comercio de Bogotá, sitio de funcionamiento del tribunal.

En estos términos, el Tribunal no podía resolver, porque el laudo quedó ejecutoriado a las 5:00 pm. del 20 de marzo de 2013, momento en que cesó funciones judiciales.

### **2.2.2 Posición de Ecopetrol frente al cargo**

a) Señaló que la decisión del Tribunal de calcular las utilidades de Ecopetrol sobre la totalidad de la producción del campo o pozo obedeció a la introducción que hizo del tema la misma convocante, interpretada integralmente la demanda por los árbitros, por lo que no es cierto que se dictó un laudo *ultra petita*. En este sentido, señaló que: “En efecto, lo que la recurrente afirma y echa de menos en las pretensiones, respecto del laudo arbitral y particularmente en cuanto a la expresión, ‘*debe ser calculada sobre la totalidad de la producción*’, fue invocado en su demanda convocatoria del Tribunal de Arbitramento, como uno de los hechos esenciales fundamento de su pretensión, por supuesto, porque lo consideraba de manera fundamental y de la esencia de la controversia. Examinémoslo: -fl. 1003, cdno. ppal.-.

“(…)

“Rotunda e incontrovertible fue la voluntad de las partes; igualmente los hechos antecedentes, concomitantes y posteriores al pacto, e igualmente las pretensiones de demanda, y demanda de reconvencción, los hechos en ellas contenidos, y por supuesto las manifestaciones de los protagonistas contractuales, que habilitaron al Tribunal, para pronunciarse como se pronunció; para que ahora, se trate de expresar ante el honorable Consejo de Estado, que las partes no habilitaron al Tribunal, en la forma como lo hicieron, con el propósito no debido, de tratar de enmarcar a la fuerza, y a ‘contrapelo’, un fallo ‘*ultra petita*’, como causal de anulación.” –fl. 1011, cdno. ppal.-.

b) Frente al *segundo aspecto* del cargo, considera que no existe norma que prohíba que los documentos o memoriales del proceso se presenten ante la

Secretaria del Tribunal, porque siempre “atendió la recepción de memoriales en su oficina particular.” –fl. 1014, cdno. ppal.-.

Incluso, MPC actuó durante el proceso arbitral de la misma manera que ahora le reprocha a Ecopetrol, porque radicó solicitudes en la misma oficina particular de la Secretaria, así que tampoco lo hizo por conducto del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Incluso, el memorial que contiene el recurso de anulación contra el laudo lo presentó en la oficina privada del Presidente del Tribunal, así que padece del vicio que alega.

Finalmente, explicó que el escrito de aclaraciones lo presentó el 20 de marzo de 2013, día en el que vencía el término para formular la solicitud, y lo hizo antes de las seis de la tarde (6:00 pm.), hora en la que laboraba la Secretaria del Tribunal, razón por la que el cargo es infundado.

### **2.2.3 Concepto del Ministerio Público**

a) El Tribunal actuó en el marco de su competencia, porque las partes lo habilitaron para decidir la manera de liquidar el pago a favor de Ecopetrol, bien sobre la participación que corresponde a MPC en el contrato, o bien sobre la producción total del pozo, según consta en el pacto arbitral y en cada una de las demandas, conclusión a la que llegó a partir de la lectura de: el acuerdo mismo; los hechos correspondientes a los numerados 2.17, 4.33, 4.34, 4.35, 4.37 a 4.40 de la demandad principal; a la lectura de la pretensión primera de la demanda de reconvención y a los hechos No. 17 y 27 de la misma, y a la decisión frente a la demanda de reconvención.

b) En relación con el segundo aspecto de este mismo cargo, el Ministerio Público sugiere que también se desestime, porque la solicitud de aclaraciones y/o complementaciones del laudo se presentó oportunamente, teniendo en cuenta que la oficina privada de la Secretaria del Tribunal era lugar válido para radicar memoriales, además de que estaba habilitado hasta las seis de la tarde (6:00 pm.) para esos efectos. Agregó que: “Así las cosas no se puede afirmar, como hace la convocante, que el memorial solo podía presentarse en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, hasta las 5 de la tarde del 20 de marzo de 2013.

“Era tan evidente y claro que esa oficina –que atendía hasta las 6:00 p.m.- era el sitio de entrega de memoriales, que Meta Petroleum designó un abogado (Fernando Andrés Pico Zuñiga) para que verificara si por Ecopetrol se entregaba algún memorial ese día (fls. 623, 629 y 944 c. Consejo Estado).

“En concepto del Ministerio Público resulta **absolutamente contrario a la forma como se actuó en el proceso** cuestionar la entrega de memoriales en la oficina privada de la Secretaría del Tribunal, cuando la convocante igualmente hizo entrega de los suyos en ese mismo lugar.” -fl. 1074 a 1075, cdno. ppal.-.

### **2.3. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.**

Mediante memorial presentado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el 25 de noviembre de 2013, se informó al Despacho del Consejero Ponente que esa institución intervendría en el proceso, suspendiéndose los términos para decidir hasta el 28 de enero de 2014.

En ese orden, el 23 de enero intervino la Agencia, advirtiendo que el recurso de anulación no constituye una instancia más del proceso arbitral, y que por eso el recurrente no puede intentar reabrir discusiones decididas allí.

A continuación se refirió a la improcedencia en el caso concreto, porque el recurrente invoca causales que no sustenta, de allí que, en virtud del principio dispositivo la delimitación del objeto del pronunciamiento judicial le compete a quien solicita la anulación, con la formulación y la explicación del recurso dentro de las precisas causales que la ley consagra.

De otra parte, sugiere que la primera causal invocada –fallo en conciencia- no debe prosperar, porque refleja una inconformidad respecto a la manera como el tribunal valoró los medios probatorios. Por el contrario, en el laudo se advierte un riguroso análisis de las pruebas documentales, técnicas y testimoniales.

La Agencia también se opuso a la prosperidad de la segunda causal invocada –decisión extemporánea por presentación inoportuna de la solicitud de aclaración o corrección del laudo-, porque no debió invocarse el numeral 8 sino el 5 del artículo 32 del Decreto Ley 2279 de 1989, que alude al supuesto que propone el

recurrente: “Haberse proferido el laudo después del vencimiento del plazo fijado para el proceso arbitral o su prórroga.”

Añadió que si esta Corporación consideraba que procedía estudiar la causal 8 de anulación, en todo caso debía desestimarse su procedencia, porque la presentación de la solicitud de aclaraciones y correcciones al laudo no fue extemporánea. Adicionalmente, reprochó que la recurrente utilizó los mismos horarios de atención de las oficinas de los árbitros y del Secretario, para luego quejarse de la inoportuna presentación del escrito señalado. Concluyó que el auto aclaratorio podía proferirse en cualquier tiempo.

## CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

El laudo decidió la controversia surgida entre Meta Petroleum Corp. Sucursal Colombia y Ecopetrol S.A. y concedió parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvención. Bajo esta perspectiva, y de conformidad con el artículo 128.5 del CCA.<sup>2</sup>, el Consejo de Estado conoce, privativamente y en única instancia, de los recursos de anulación originados en contratos estatales, sin importar la cuantía de las pretensiones.

Ahora bien, los contratos que originaron las controversias son estatales -según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993<sup>3</sup>-, porque los celebró una entidad estatal, aunque no se rija por la Ley 80 de 1993: Ecopetrol. Bajo este entendimiento, considerando que el contrato de asociación celebrado es de naturaleza estatal, la competencia

---

<sup>2</sup> Art. 128.5, CCA.: “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...)”

“5. Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión.”

<sup>3</sup> Según dicha norma: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)”

para conocer del presente recurso corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>4</sup>.

Además de estas razones, en relación con el criterio orgánico, la Ley 1107 de 2006 también prescribe que las controversias relacionadas con la actividad de las entidades públicas son de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por tanto, como Ecopetrol es una entidad estatal, esta jurisdicción es competente para conocer los litigios generados con sus actuaciones. Es así como el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006 –que modificó el artículo 82 del CCA.- dispone:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.”

Por lo anterior, esta Sección es competente para conocer y decidir el recurso de anulación interpuesto contra el laudo proferido el 13 de marzo de 2013, por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre Ecopetrol y MPC.

## **2. El caso concreto**

---

<sup>4</sup> Esto, de conformidad con el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 –modificado por el artículo 22 de la Ley 1.150 de 2007-, que establece: “Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

**“El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.**

“Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan.” (Negrilla fuera del texto)

**2.1. Primer Cargo -causal No. 6 del art. 163 del Decreto 1818 de 1998-:**  
**“Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.”**

### **2.2.1. Generalidades sobre la causal**

La Sala se apoyará en el análisis teórico expresado en la sentencia del 8 de agosto de 2012 –exp. 43.089, Sección Tercera, Subsección C, con ponencia de quien cumple la misma función en el caso concreto- que precisó el alcance de la causal sexta de anulación –art. 163.6-, y con fundamento en el mismo se examinará los argumentos propuestos por el recurrente para que se anule el laudo. Este análisis involucra el estudio de: i) la noción de fallo en conciencia; ii) requisito para que se configure el fallo conciencia: que esta circunstancia aparezca *manifiesta* en el laudo, y iii) los siete criterios jurisprudenciales y legales que materializan el laudo en conciencia o equidad.

#### **i) Noción de fallo en conciencia**

El Consejo de Estado ha sostenido, como criterio básico y constante, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de allí que el marco de referencia sólo está en él. Por esa razón, el juez no sólo se encuentra sometido a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a las normas sustantivas que rigen los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley<sup>5</sup>. En cambio, cuando el juez decide en conciencia se mueve en un marco diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, cuando actúa así tiene la facultad de resolver conforme a la equidad o según su leal saber y entender<sup>6</sup>, o verdad sabida y buena fe guardada *-ex aequo et bono-*. En este orden de ideas, sólo cuando el fallo deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Pero si el juez adquiere la certeza con apoyo en el ordenamiento jurídico, en el acervo

---

<sup>5</sup> Sentencia de 6 de julio de 2005 -Exp. 28.990-. Reiterada por la Sección en la sentencia proferida el 31 de enero de 2011 –exp. 37.788-: “Respeto de esta causal el Consejo de Estado ha sostenido, en múltiples ocasiones, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de manera que el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez se encuentra sometido no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rige los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley.” Tesis reiterada, a su vez, en la sentencia del 18 de enero de 2012 –exp. 40.082-.

<sup>6</sup> En el mismo sentido, sentencia del 3 de agosto de 2006, exp. 31.354.

probatorio y en las reglas de la sana crítica, la decisión se dicta en derecho. En tal sentido, el Consejo de Estado indicó en el año 2000:

“El estudio de esta causal requiere de algunas consideraciones previas, acerca de las condiciones necesarias para que se configure -deducidas de lo que la Jurisprudencia de esta Sala ha dicho al respecto-, a fin de evaluar si, en el presente caso, resulta aplicable, atendiendo al hecho de que los más fuertes argumentos de los recurrentes giran en torno a este punto.

“En primer lugar, resulta especialmente importante constatar que, mientras el artículo 115 del decreto 1818 de 1998 contempla la posibilidad que los arbitramentos privados sean en derecho, en equidad o técnicos; los que se profieren en relación con los contratos estatales sólo pueden ser en derecho –art. 70, inciso 2<sup>7</sup>, ley 80-, o técnicos –art. 74, ley 80<sup>8</sup>-. ”

“Sin embargo, la circunstancia de que, de ninguna manera, sea permitido por el ordenamiento jurídico administrativo un fallo en conciencia, en los Tribunales de arbitramento constituidos para dirimir controversias en contratos de carácter estatal, no puede llevar a pensar que cualquier tipo de falencia en un laudo equivalga a un fallo en conciencia.

“Al respecto, ha dicho esta Sala que: ‘Debe agregarse, por lo demás, que, conforme a lo anterior, es claro que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, de manera que la causal de anulación citada no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento, por parte del juez del recurso. De otra manera, so pretexto de su interposición, se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, sometiendo la controversia a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia. De allí que, como se ha expresado, el recurso de anulación no dé lugar al trámite de una nueva instancia; que, además, las causales previstas para su interposición estén dirigidas a corregir errores *in procedendo* y, sólo de manera excepcional, errores *in iudicando*, y que, en este último caso, como también se ha dicho, los límites del juez estén claramente definidos en la ley.’”<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Expresa esta norma que “El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.”

<sup>8</sup> Dice esta norma que “Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva.”

<sup>9</sup> Sección Tercera, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.191.

Sin embargo, conviene hacer algunas anotaciones explicativas, y adicionales, a la tesis general que se ha sostenido. En efecto, si se atiende a la normativa que rige el tema, el fallo se dicta en conciencia cuando "... los árbitros deciden según el sentido común y la equidad", y se profiere en derecho cuando "... los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente" –art. 115 del Decreto 1818 de 1998-.

Una aproximación somera a estos dos conceptos conduce a pensar que el fallo que no se dicta en derecho se profiere en equidad, cuando no necesariamente es así, porque no se trata de conceptos que se oponen de manera exclusiva y definitiva, toda vez que esa relación es más aparente que real. Es decir, que si bien, el fallo en conciencia no puede serlo en derecho, ni el que es en derecho podrá serlo en conciencia, existen otras relaciones que demuestran que estas dos clases de arbitramento no son únicos: hay que considerar el arbitraje técnico, que se constituye "Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio" –art. 115-, forma de arbitraje autorizada a las entidades estatales por la ley 80 de 1993.

De esta manera, puede suceder que el fallo sea *técnico*, y no en *derecho* ni en *equidad*, pues los arbitramentos adoptan alguna de estas tres formas<sup>10</sup>. No obstante, la causal de anulación prevista en el art. 163.6 sólo se configura cuando el laudo que debió ser en derecho se dicta en conciencia; de manera que: i) si debió ser técnico y los árbitros lo dictan en derecho o en equidad no procede la anulación de la decisión, o ii) si debió ser en derecho y se dicta un laudo técnico tampoco procede la anulación, por la taxatividad de las causales del art. 163 del decreto 1818 de 1998 y la necesidad de que su interpretación sea estricta.

No sobra recordar, para comprender mejor el tema, que la forma de los tribunales de arbitramento que puede pactar el Estado -si se rigen por la ley 80 de 1993- son: en derecho, porque el inciso segundo del art. 70 de la ley 80 de 1993 lo autoriza<sup>11</sup>;

---

<sup>10</sup> Esta idea se trasluce en la sentencia de esta Sección del 22 de julio de 2009 -exp. 35.564-: "Según lo expuesto, cuando la controversia arbitral sea de orden jurídico o técnico, la decisión debe fundarse en un consciente y riguroso estudio jurídico-normativo o en una rigurosa valoración técnica, según el caso, para que el laudo se repunte válido, como quiera que, si dicha decisión se adopta con fundamento en criterios distintos, las partes podrán recurrirla y, eventualmente, el juez de la anulación, al constatar que se dictó en conciencia y no en derecho o en materia técnica, declarará su nulidad."

<sup>11</sup> Art. 70. DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. (...)

y técnico, porque el art. 74 de la misma ley lo permite<sup>12</sup>. De manera que en este ámbito no se puede pactar el arbitraje en conciencia, porque no lo autoriza la ley, y se sabe que los mecanismos de solución de conflictos que puede usar una entidad estatal son los que autoriza el legislador, comoquiera que el inciso segundo del artículo 68 de la Ley 80 dispone: "... al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción."

En este sentido, agregó esta Sección –sentencia del 7 de febrero de 2008. Exp. 33.811-: "Según estas normas, resulta obvio que si el arbitramento donde es parte el Estado es en derecho la decisión debe sujetarse a lo que dispone el ordenamiento jurídico, con todas las fuentes del derecho que él incorpora; pero si es técnico no debe hacerlo, precisamente por la connotación que tiene esta forma de solución de controversias, donde el conocimiento de un arte, ciencia o disciplina es la que determinará quien tiene la razón, en caso de disputa entre las partes del contrato.

"En este orden de ideas, las distintas causales de nulidad del laudo arbitral, contempladas en la ley 80 de 1993, sólo aplican cuando el laudo se dicta en derecho, no cuando la decisión es de carácter técnico; caso en el cual lo decidido ni siquiera admite el recurso de anulación, pues el art. 74 de la ley 80 dispone, de manera seca y contundente, que 'La decisión adoptada será definitiva.'

"Y no sería para menos, pues esta corporación no tendría elementos para controlar una decisión que no se funda, para nada, en el derecho, sino exclusivamente en valores y criterios técnicos, propios de cada disciplina, los cuales se convierten en su marco o parámetro de reflexión."

Ahora, para distinguir el *fallo en derecho* de los demás, el inciso primero del art. 115 del Decreto 1818 indica que: "es aquel en el cual los árbitros fundamentan su

---

"El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro. (...)"

<sup>12</sup> "Art. 74. DEL ARBITRAMENTO O PERICIA TÉCNICOS. Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva."

decisión en el derecho positivo vigente”, de manera que la concreción de esta expresión resulta problemática, pero decisiva, para entender su alcance, porque la causal de anulación que está asociado a ella consiste en dictar un fallo en conciencia cuando debió ser en derecho.

En consecuencia, si la norma indica que el fallo en derecho es el que se apoya en el “derecho positivo” es necesario delimitar este concepto jurídico indeterminado para concretarlo. Lo inmediato que cabe advertir es que la *noción más pura y fuerte* de la expresión *derecho positivo* alude al derecho escrito, bien por el legislador, bien por el gobierno, o bien por la autoridad que en cada caso tenga la potestad de crear normas. Esto significa que derecho positivo es el contenido en normas expedidas por las autoridades competentes para hacerlo. En la filosofía, en cambio, lo *positivo* es lo existente, lo tangible, lo establecido y dado de manera objetiva, por oposición a lo intangible y subjetivo, acepción que ayudó a construir la más técnica que usa el derecho.

Por tanto, surge la duda acerca de si el derecho que se expresa en las demás fuentes del ordenamiento jurídico –como la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre, los principios generales, entre otras-, es decir, las fuentes *no normativas*, se integran al concepto *derecho positivo*. Para la Sala no cabe la menor duda que sí, es decir, que la acepción de esta expresión, en el contexto de la definición de *laudo en derecho* del art. 115, recoge todas las fuentes del ordenamiento, porque son jurídicas, establecidas, objetivas, existentes y reales –sentido afín al de la filosofía-, y si los árbitros las aplican a un caso concreto la controversia se entiende resuelta conforme al ordenamiento –es decir, al sistema normativo externo a cada individuo- que goza de la característica de la heteronomía, no de la autonomía.

En este orden ya había expresado esta Sección –sentencia del 22 de julio de 2009 exp. 35.564-: “Por tal razón, un laudo será en derecho cuando en su parte considerativa exponga, analice o haga referencia a cualquier disposición de naturaleza jurídica, incluido el contrato que le sirve de base a la controversia. De esta forma, cuando el juez del recurso de anulación advierte que la decisión arbitral no se sustentó en normas de derecho positivo, en los principios generales, en la doctrina, en la jurisprudencia o en el mismo contrato –norma principal que somete a las partes-, concluirá que dicho fallo se profirió en conciencia, pues si no existe argumento jurídico –cualquiera sea su fuente, o una combinación de ellas-,

se entenderá que el Tribunal, a pesar de decidir, lo hizo con base en criterios ajenos al ordenamiento jurídico, esto es, según la máxima 'verdad sabida, buena fe guardada'."

Entender que la expresión *derecho positivo* se reduce a las fuentes normativas – Constitución, Ley y reglamento- desconocería que el ordenamiento jurídico no se reduce a los preceptos, porque constituye un *sistema* que combina de manera vasta la pluralidad de sus fuentes, para producir una decisión particular. De esta forma, *derecho positivo*, en su acepción amplia, se refiere a las fuentes del derecho explícitas; esto es, objetivas; es decir, existentes, bien en normas o bien en textos que hacen parte del mismo derecho, como las que lo explican. Aquí se reencuentra esta noción con la que procede de manera más pura de la filosofía del derecho<sup>13</sup>.

En este contexto, *derecho positivo* se opone a *derecho natural*, es decir, al derecho implícito, sobreentendido en sus reglas y alcance, cuando en realidad nadie lo ha producido y menos explicado con autoridad. Que un laudo sea en derecho positivo autoriza a los árbitros a usar las mismas fuentes del derecho que aplica el juez natural de la controversia que las partes voluntariamente excluyeron de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, instituida de manera permanente por el Estado. No entenderlo así conduce a pensar que si un tribunal que debe fallar en derecho se apoya en la jurisprudencia entonces decide en conciencia, porque no se basó en el derecho vigente. Lo mismo cabe decir de la doctrina aplicable a un contrato o de la costumbre que lo inspira, si se utilizan como fundamento de la decisión arbitral<sup>14</sup>. Esta posición es inadmisibles. Por el contrario, los casos mencionados son típicos fallos en derecho, porque se sirven

---

<sup>13</sup> Al respecto indicó la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia proferida el 18 de mayo de 2000 -exp. 17.797-: "... si en el laudo se hace la más mínima referencia al derecho entendido en su más amplia acepción (normas de derecho positivo, principios generales, doctrina constitucional, o, jurisprudencia) es calificable como 'en derecho' y no en 'conciencia'."

<sup>14</sup> Sobre el uso de la doctrina, como fuente del derecho positivo, aplicable a una controversia, manifestó la Sección Tercera, en sentencia del 23 de agosto de 2001 -exp. 19.090-: "Ahora, en lo que atañe a la crítica del recurrente por la referencia que hicieron los árbitros a la doctrina contable para deducir de la misma referencia que el fallo fue en conciencia y no fue en derecho, la Sala resalta que una referencia a la doctrina como criterio auxiliar de los jueces, que no fue base única en la producción del fallo, que fue simplemente aledaña -no exclusiva- a los fundamentos jurídicos vigentes descarta por completo, esa calificación."

"Cabe resaltar que en los laudos arbitrales, como expresión judicial del Estado, es legítima la mención a la doctrina, entre otros, a términos de la Carta Política (art. 230) que la consagra como criterio auxiliar del juez, más aún cuando éste se ve avocado a irrumpir en temas no jurídicos, como es la ciencia contable financiera".

del ordenamiento positivo, es decir, de las fuentes formales del derecho – prácticamente todas escritas, aunque la costumbre no- lo que garantiza que la decisión no se inspira en el *leal saber y entender* del árbitro, ni en la noción o idea de justicia personal, ni en un criterio subjetivo sobre lo que es una decisión correcta, porque aplicando las fuentes del derecho el árbitro queda compelido a desprenderse de su pasión personal, de su opinión y convicción íntima -alejada de las reglas y los criterios-, nacidos de su pura conciencia, para entregarse a un sistema de la *razón –jurídica-* que preexiste a él y se ubica encima de su propia humanidad.

El mejor ejemplo de una decisión dictada en conciencia –en un campo distinto, sólo aparentemente alejado del derecho- es la que adoptan los padres de familia cuando resuelven los conflictos cotidianos de la convivencia con sus hijos. Aquellos deciden frente a éstos quién tiene la razón en una disputa, no apoyados en el ordenamiento jurídico –pero sí en algunas reglas propias de la vida en el hogar- sino guiados por una idea de justicia futura para los involucrados, de solidaridad, de ejemplo para alguno, de perdón forzado, de modo que los *jueces-padres* asignan a alguno de ellos o a ambos hijos premios o castigos con fundamento en una especie de sabiduría que ponen en la decisión, con el fin de perfeccionar la educación y de fortalecer los lazos familiares –por lo menos eso pretenden-. Lo sugestivo es que esta forma de resolver los conflictos ordinarios de la casa produce consecuencias firmes, seguras y prácticas, usualmente incuestionables, porque los destinatarios de la decisión admiten lo decidido, lo acatan y cumplen, confiados en la sapiencia de sus *jueces*. En el entorno de la amistad, de algunas relaciones laborales, y en otros círculos similares, la decisión en conciencia es la base y usanza en la solución de conflictos.

Incluso, otras relaciones humanas más formales se fundamentan en esta modalidad de solución de controversias. Es el caso de los negocios entre particulares, donde la decisión en conciencia, sometida a un tribunal de arbitramento, tiene la aptitud de dirimir el conflicto, porque las partes se muestran dispuestas a aceptar la decisión que toma una persona –árbitro- que goza ante ellas de una altura moral, académica, ética o profesional que les es digna de aceptar sin reparos, porque respetan su juicio y ponderación en la manera de percibir la justicia de un caso concreto. El problema es que este juicio no lo admite la ley tratándose de los tribunales de arbitramento donde es parte una entidad estatal.

Por el contrario, el fallo en derecho obedece a un sistema instituido por el juicio jurídico objetivo, cuyas reglas no crea ni propone cada sujeto que funge de juez, sino que se origina en un contexto general que si bien integra a todos los individuos no necesita de cada uno para que exista. El derecho positivo, por estas mismas razones, se impone y antepone al juez. Su deber es observarlo, incluso si no lo comparte –salvo el juicio propio de la excepción de inconstitucionalidad de la norma que debe aplicar-.

Claro está que un juicio de control, aún más complejo de realizar, sobre la actividad arbitral consiste en establecer con precisión si un laudo se dicta en conciencia, pese a que se utiliza una sola fuente del derecho, y no varias, pudiendo hacerlo. Lo que cabe advertir a este respecto, sobre el que no existe tarifa legal o jurisprudencial, es que esa ponderación corresponde hacerla caso a caso, y que *a priori* no se puede sostener que por usar una cualquiera de las fuentes del ordenamiento jurídico el laudo se dictó derecho; ni que por usar una sola no lo es<sup>15</sup>. La sentencia del 4 de julio de 2002 –Sección Tercera, exp. 21.217- ya había manifestado que: “En el mismo sentido, puede decirse que el desconocimiento de una norma jurídica por parte del Tribunal de Arbitramento, valga decir, su inaplicación en un caso concreto, tampoco da lugar a que se concluya que el laudo, en ese aspecto particular, fue proferido en conciencia, a menos que resulte evidente que aquél pretendió basarse en la mera equidad”. De allí que al Consejo de Estado le corresponde develar eventuales laudos en conciencia que se apoyan en fuentes del derecho –que sólo anuncian usarlas sin aplicarlas-, o confirmar fallos en derecho que se fundamentaban en una cualquiera de esas fuentes.

No obstante, también ha quedado claro que no cualquier referencia al derecho vigente satisface la necesidad de fallar en derecho –Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 32.896- porque: “No obstante la reiteración de cuanto hasta aquí se ha referido en torno a la caracterización que la Sala ha efectuado de esta causal de anulación, sí resulta oportuno matizar, en relación con la cita recién transcrita, de acuerdo con la cual *‘la más mínima referencia que el árbitro haga al*

---

<sup>15</sup> En la sentencia de la Sección Tercera, del 3 de abril de 1992 –Exp. 6.695- se indicó: “En suma de lo anterior, solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar, para basarse en la mera equidad, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Porque si el juez adquiere la certeza que requiera para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos.”

*derecho positivo, hace que el laudo sea calificable como 'en derecho' y no 'en conciencia', que lo dicho no supone admitir que incluso la mera invocación de algún precepto jurídico, aún si toda la argumentación del laudo se construye al margen de consideraciones realmente basadas en el Derecho, permita sostener que la decisión de los árbitros no está incurso en la causal de anulación que se viene comentando.*"<sup>16</sup>

En consecuencia, un laudo se profiere en conciencia cuando la valoración de la *causa petendi* y su resolución es producto de la libre apreciación del juez, quien se aleja de las pautas que le impone el ordenamiento jurídico vigente, es decir, que su decisión se basa en el entendimiento personal del debate, ponderando las circunstancias de hecho y de derecho que lo configuran según su comprensión íntima de justicia, de lo correcto, de lo bueno y lo justo, dejando al margen las reglas jurídicas imperativas y no imperativas que contienen preceptos de valoración, todas externas, de una buena parte de los factores que inciden en la toma de la decisión judicial.

En este orden de ideas, lo que se reprocha de un fallo en conciencia es la desestimación que el juez hace de las reglas jurídicas que delimitan la valoración de ciertos temas, aspectos y condiciones para proceder en el ordenamiento jurídico, social, comercial, etc., que se encuentran predeterminadas y valoradas por órganos usualmente dotados de legitimidad para expedir esas disposiciones – por ejemplo, el Congreso y el Gobierno- y que el juez debe aplicar. En este sentido, la libertad de formas y de contenido jurídico no está a disposición de los árbitros, que deben acatar las reglas predispuestas por el ordenamiento, así que su inobservancia hace incurrir al laudo en una decisión dictada en conciencia, puesto que la manera como resuelve el conflicto se fundamenta en una idea de justicia personal o individual, y esta forma de razonar la justicia hace abstracción de las reglas positivas vigentes –salvo voluntad del mismo juez en sentido contrario-, pero en realidad estas disposiciones son las que le interesan al sistema

---

<sup>16</sup> Agrego la misma providencia: "La '*más mínima referencia al derecho positivo*' —como en anteriores ocasiones lo ha sostenido la Sala—, hace alusión, por tanto, a que esa '*mínima referencia*' esté realmente conectada con el sentido de la decisión, cualquiera que éste sea —pues el del contenido del pronunciamiento arbitral no es un asunto fiscalizable por el juez del recurso de anulación—, vale decir, que la referencia al Derecho en realidad ha de constituir fundamento de lo que se resuelve y no tratarse de una simple anotación absolutamente descontextualizada del hilo argumentativo que en verdad conduce a la resolución del caso, orientada a dar al laudo la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico que no desempeña papel alguno en la cadena justificativa construida por los árbitros con el propósito de motivar su determinación."

jurídico que se observen cuando se dicta un laudo donde es parte una entidad estatal.

Dicho sea de paso, ni siquiera el juez natural del conflicto –en este caso la jurisdicción de lo contencioso administrativo- puede fallar en conciencia, y por eso quien lo reemplaza, en principio, tampoco puede hacerlo. No obstante, la razón más inmediata de esta conclusión se expresó antes: en los tribunales de arbitramento donde es parte el Estado no se puede pactar que el fallo se dicte en conciencia.

Ahora bien, la ratificación de la posición que se comenta, es decir, la idea ampliada de derecho positivo, tiene respaldo en la jurisprudencia inveterada de esta Sección, que se organiza según los criterios que se analizarán a continuación.

**ii) Requisito para que se configure el fallo conciencia: que esta circunstancia aparezca *manifiesta* en el laudo.**

El fallo en conciencia, para que configure la causal de anulación del laudo, exige que “esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” –art. 163.6, Decreto 1818 de 1998-, de modo que en virtud de este requisito el legislador impuso una exigencia superlativa para valorarlo. Por esta razón, identificarlo no debería imponer mayores esfuerzos intelectuales, porque la ley exige que la circunstancia sea manifiesta, lo que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa –según la acepción apropiada a este contexto-: “1. *adj.* Descubierto, patente, claro”, de manera que un laudo en conciencia debe ser evidente, es decir, no admitir duda sobre su carácter. Si el laudo ofrece dudas respecto a su calidad no puede calificarse como dictado en conciencia. La Sala ya ha destacado esta nota, porque “De la simple lectura de la norma transcrita emerge que la causal se estructura cuando se presenta la circunstancia de haber fallado en conciencia y este hecho resulta patente en el laudo, esto es, sin que se requiera de mayores argumentaciones para demostrar ese acontecimiento pues es ostensible.” – Sección Tercera, Subsección C, sentencia de marzo 24 de 2011. Exp. 38.484-.

En estos términos, la ley procesal establece una especie de presunción, por cuya virtud ha de entenderse que un laudo se dicta en derecho, pero si la parte lo pone duda debe recurrir para demostrar lo contrario, cuya apreciación exige un análisis

simple. Si el estudio que se requiere es complejo, si la calificación admite dudas o debates, no es posible calificar la providencia como laudo en conciencia, porque el legislador exige una evidencia protuberante del vicio, que lo haga indiscutible<sup>17</sup>. Esta Sección ya lo ha destacado -sentencia del 20 de junio de 2002, exp. 20.129-: “Para que se configure la causal segunda de anulación del laudo prevista en el art. 72 de la ley 80 de 1993 es necesario que la separación de los árbitros de la aplicación de las reglas de derecho ‘aparezca manifiesta en el laudo’, y en el que se examina no se evidencia tal despropósito de los árbitros.”<sup>18</sup>

Este requisito dista en demasía de lo que estableció el legislador para las demás causales de anulación, donde la omisión de una condición semejante significa que esta Corporación debe auscultar intensamente la eventual configuración del vicio que se alega, lo que amerita estudios exhaustivos de sus elementos constitutivos. Por ejemplo, si la causal es por fallo extemporáneo, inevitablemente se revisarán las providencias que influyeron en el término para dictarlo, sin que se admita un estudio somero, general o que eluda la valoración completa de los documentos que inciden en la causal. Lo propio aplica al vicio por fallo *extrapetita*, cuya valoración exige ponderar la demanda, su contestación –con las pretensiones y excepciones- y el laudo, para concretar con mucho rigor técnico si se incurrió o no en él. Por el contrario, si la norma estableciera que estos dos vicios se configuran sólo si es manifiesta su materialización, no cabe duda que la ponderación cambiaría, porque la intensidad de la apreciación variaría sustancialmente.

---

<sup>17</sup> “En ocasiones se ha agregado, de la mano de lo que dispone la ley, que la causal se configura cuando los árbitros se apartan de la aplicación de las reglas de derecho en forma ‘manifiesta’, es decir, que la inobservancia de la normatividad debe ser evidente, luego, no se trata de una simple o discutida omisión normativa o de falta de referencia constante a las normas del ordenamiento jurídico, sino que es necesario que esa circunstancia se refleje claramente en el laudo.” -Sentencia del 28 de noviembre de 2002, rad. 22.526-. En el mismo sentido, sentencia del 3 de abril de 1992 -exp. 6695-.

<sup>18</sup> El requisito legal lo exige invariablemente rigurosamente la jurisprudencia, cuando señala: “Para que pueda predicarse que el laudo fue proferido en conciencia, dicha circunstancia de acuerdo con la exigencia de la causal segunda de anulación prevista en el art. 72 de la ley 80 de 199 debe ser manifiesta.” -sentencia del 4 de julio de 2002, exp. 22.012-

- “En estas circunstancias se debe negar la petición de nulidad, porque, como si esto fuera poco, el artículo 163.6 del decreto 1818 de 1998 exige que para que el fallo sea en conciencia debe aparecer esta circunstancia “... manifiesta en el laudo”, lo que de modo alguno percibe la Sala, pues por manifiesto debe entenderse, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, aquello que es “patente, claro”, connotación que no se cumple en el laudo que se analiza”. -sentencia del 24 de mayo de 2006, exp. 31.024-.
- “En conclusión, el fallo en conciencia cuando debió ser en derecho y que se censura por medio de esta causal corresponde a la falta de sustento en el derecho para trasladar dicho juicio a la conciencia o razón subjetiva de los árbitros, siempre y cuando esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo.” -sentencia del 30 de abril de 2012, exp. 42.126-.

En el caso concreto, la acreditación del laudo en conciencia no impone -ni puede hacerlo- un estudio profundo y detallado de carácter normativo o probatorio, sino uno externo y más superficial, sin que sea incompleto, que acredite que el laudo se dictó en conciencia sin mayores intervenciones conceptuales de fondo. Esta técnica de control al laudo, a través de esta causal, protege una elección que las partes del contrato hicieron cuando prefirieron la justicia alternativa a la natural: la decisión de única instancia.

En estos términos, un laudo se dicta en conciencia cuando a *prima facie*, sin mayores esfuerzos de comprensión jurídica, se descubre que la decisión no se fundamenta en las normas y en el razonamiento jurídico en general, sino en la convicción íntima del juez, con independencia de las directrices y determinaciones que provienen del sistema jurídico.

**iii) Criterios jurisprudenciales y legales que materializan el laudo en conciencia o equidad.**

**a) Primer criterio definitorio de fallo en conciencia: es el que no se apoya en derecho positivo vigente, es decir en derecho que no rige.**

Según lo expuesto, para que un laudo se considere proferido en conciencia debe omitir la referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia. En este sentido, expresó la sentencia de 27 de abril de 1999: “Por consiguiente, si en el laudo se hace la más mínima referencia al derecho entendido en su más amplia acepción (normas de derecho positivo, principios generales, doctrina constitucional, o, jurisprudencia) es calificable como ‘en derecho’ y no en conciencia.

“El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico; toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propia conciencia, basado o no en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.”<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Sentencia de 27 de abril de 1999; exp. 15.623; reiterada en: Sentencia de 18 de mayo de 2000, exp. 17.797; sentencia de 8 de febrero de 2001, exp. 18.411 y sentencia del 9 de agosto de 2001, exp. 19.273.

En sentencia de 9 de agosto de 2001 se reiteró la misma idea: “Por consiguiente, si en el laudo se hace referencia al derecho positivo vigente se entiende que el fallo es *en derecho* y no *en conciencia*, el cual se caracteriza, en su contenido de motivación por la ausencia de razonamientos jurídicos; el juzgador decide de acuerdo con su propia conciencia y de acuerdo, hay veces, con la equidad, de manera que bien puede identificarse el fallo en conciencia con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.”<sup>20</sup> (Negrillas fuera de texto)

En sentencia de 6 de julio de 2005 se señaló que el fallo en conciencia excluye la reflexión jurídica, dejando en el fuero interno del árbitro no sólo la motivación de la decisión, sino, y sobre todo, el parámetro o marco de referencia dentro del cual se juzga la controversia. En tal sentido agregó: “De hecho, para que se pueda hablar de un fallo en conciencia, la decisión judicial arbitral debe adolecer de toda referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia contractual, de manera que sea posible sostener que, efectivamente, al margen del derecho, la decisión ha partido del fuero interno de los árbitros, sin justificación normativa alguna.

“Queda claro, por tanto, que a la jurisdicción contenciosa sólo se le encomendó -en el caso de la causal segunda analizada- vigilar que la decisión del proceso se haya apoyado en normas jurídicas -errores *in procedendo*-; al margen, incluso, del sentido de la decisión misma, aspecto éste que quedó amparado en una especie de única instancia del proceso, así consentida por las partes cuando decidieron pactar la cláusula compromisoria, en tanto que la revisión del contenido de la decisión no es del resorte de esta instancia, es decir, que los errores *in iudicando* no se discuten a través de este recurso y esta causal.”<sup>21</sup>

“En ocasiones se ha agregado, de la mano de lo que dispone la ley, que la causal se configura cuando los árbitros se apartan de la aplicación de las reglas de derecho en forma ‘manifiesta’, es decir, que la inobservancia de la normatividad debe ser evidente, luego, no se trata de una simple o discutida omisión normativa

---

<sup>20</sup> Sentencia de 9 de agosto de 2001 -Exp. 19.273-. Agregó esta providencia: “Esas cuatro anotaciones jurídicas del laudo hacen visible que fue proferido *en derecho positivo vigente*. En efecto se cumplen los supuestos de esa modalidad de arbitraje. *En primer lugar* porque se citaron normas jurídicas y, *en segundo lugar*, porque ellas eran las vigentes para ese momento, tanto en los aspectos de caducidad de la acción contractual como en los de liquidación de los contratos estatales.”

<sup>21</sup> Sentencia del 6 de julio de 2005, Exp. 28.990.

o de falta de referencia constante a las normas del ordenamiento jurídico, sino que es necesario que esa circunstancia se refleje claramente en el laudo.”<sup>22</sup>

No obstante, el art. 115 no se limita a señalar que fallo en derecho es el que se dicta con fundamento en *derecho positivo*, sino que agrega que debe ser derecho *vigente*. De esta manera, surge la primera acepción de la expresión que aproxima de manera casi natural la idea de fallo en conciencia: es el que no se soporta en el derecho, debiendo hacerlo, o apoyándose en el derecho no lo hace en el vigente sino en el derogado, en el declarado nulo o inexecutable o el que se apoya en normas, principios o criterios jurídicos que no existen o carecen de vigencia y validez. En la sentencia del 9 de agosto de 2001 manifestó la Sala que: “Esas cuatro anotaciones jurídicas del laudo hacen visible que fue proferido en derecho positivo vigente. En efecto se cumplen los supuestos de esa modalidad de arbitraje. En primer lugar porque se citaron normas jurídicas y, en segundo lugar, porque ellas eran las vigentes para ese momento, tanto en los aspectos de caducidad de la acción contractual como en los de liquidación de los contratos estatales.”<sup>23</sup>

De esta manera, la primera acepción jurisprudencial -de origen legal- de lo que constituye laudo en conciencia es la decisión con fundamento en normas inexistentes al momento de dictar el laudo, y agregó la Sala que lo será siempre que la norma sea definitiva para resolver el caso concreto, porque de no serlo no habría tenido incidencia en la decisión de los árbitros.

No obstante, resulta extraño, desde el punto de vista conceptual, que este defecto del juicio lo tome la ley como un caso de fallo en conciencia, porque en tal supuesto los árbitros no actúan según su leal saber y entender el conflicto y su

---

<sup>22</sup> En el mismo sentido ver: Sentencia del 28 de noviembre de 2002, rad. 22.526; sentencia de 3 de abril de 1992, exp. 6695; sentencia de 20 de junio de 2002, exp. 20.129. Se dijo en esta última oportunidad: “Para que se configure la causal segunda de anulación del laudo prevista en el art. 72 de la ley 80 de 1993 es necesario que la separación de los árbitros de la aplicación de las reglas de derecho ‘aparezca manifiesta en el laudo’, y en el que se examina no se evidencia tal despropósito de los árbitros.”

<sup>23</sup> Sección Tercera. Sentencia de 9 de agosto de 2001. Exp. 19.273. También dispuso la Sala en la sentencia del 27 de junio de 2002 -exp. 21.040-: “Esas anotaciones jurídicas del laudo, hacen visible que laudo fue proferido en derecho positivo vigente. En efecto se cumplen los supuestos de esa modalidad de arbitraje. En primer lugar, porque la decisión estuvo fundamentada en normas jurídicas y, en segundo lugar, porque ellas eran las vigentes para ese momento (Carta Política de 1991, ley 80 de 1993, pliego de condiciones, contrato de obra pública No. 403/94 y sus adicionales, como ley de las partes).”

solución, sino que yerran en la normativa aplicable, de allí que el defecto más que de conciencia, de subjetividad, de solución en equidad, es un caso típico de error o desconocimiento del derecho. Sin embargo, bien podía el legislador, en ejercicio de la libertad de configuración de las causales de anulación de los laudos arbitrales, erigir este defecto en un supuesto de fallo en conciencia o equidad.

**b) Segundo criterio definitorio de fallo en conciencia: es el que se dicta en equidad; aunque los árbitros no tienen proscrito absolutamente usarla como criterio auxiliar.**

Rigurosamente, la decisión donde el sistema jurídico no es el referente para formarse un juicio de valor no se denomina fallo en *conciencia* sino en *equidad*<sup>24</sup>, según se desprende del art. 115 del Decreto 1.818 de 1998: “El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico”, y agrega: “El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.” A juzgar por este precepto la noción de fallo en conciencia carece de respaldo normativo.

Sin embargo, dicho concepto –laudo o fallo en conciencia- proviene del artículo 163.6 del mismo Decreto 1.818, concepto que funge como equivalente al de fallo en equidad, al señalar que es causal de nulidad del laudo: “haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho.”<sup>25</sup> Esto significa que fallo en equidad o conciencia alude al que no se dicta en derecho ni en criterios técnicos, es decir -en términos del art 115 mencionado- donde se decide *según el sentido común y la equidad*, o sea, los que no se fundamentan en *derecho positivo vigente* ni en los criterios de una ciencia.

---

<sup>24</sup> En la sentencia de marzo 24 de 2011 –Sección Tercera, Subsección C, exp. 38.484- se expresó al respecto: “4.1. En el sistema jurídico colombiano la calificación ‘en conciencia’ fue usada por la mayoría de las regulaciones sobre arbitramento para referirse a una de las modalidades del arbitraje, sin embargo las disposiciones más recientes utilizan la expresión ‘en equidad.’

“Hoy la ley define al arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.”

<sup>25</sup> El Consejo de Estado, en sentencia del 18 de noviembre de 1999 -exp. 12.202- señaló en este sentido: “Con respecto al cargo examinado, la Sala ha de reiterar lo expresado en providencias anteriores, en el sentido de precisar que el fallo en conciencia se presenta sólo en aquellos casos en los cuales la decisión, antes que en una fundamentación jurídica, se produce primordialmente con sustento en razones de equidad”.

Acerca de la idea de equidad como forma de juicio, esta Subsección expresó en la sentencia del 21 de febrero del 2011 –Sección Tercera, Subsección C, exp. 38.621-:

“**4.2.** Inicialmente en el derecho romano la noción de equidad se entendió como simple igualdad<sup>26</sup> pero en la época clásica se equiparó al concepto de justicia conmutativa de tal suerte que ella consistió, fundamentalmente, en dar a cada cual lo suyo y en dar un tratamiento igual en causa igual.<sup>27</sup>”

“Posteriormente la influencia de Aristóteles determinó que la equidad, a la que llamó epiqueya, se entendiera como lo justo en el sentido de ser una rectificación de la justicia legal toda vez que corrige las iniquidades que pueden derivarse de la aplicación de la ley o enmienda las omisiones en que esta incurre al no poder preverlo todo por ser general y abstracta.<sup>28</sup>”

“La equidad también sufrió el influjo del pensamiento cristiano al ser considerada como un mecanismo de misericordia, de indulgencia y de benignidad que en casos especiales atempera el rigor de la ley.<sup>29</sup>”

“Todas estas concepciones condujeron a elaborar con fundamento en la equidad dos postulados: **a)** El negativo según el cual el juez puede inaplicar la ley al caso concreto cuando ella se muestra inicua o conduce a una iniquidad; **b)** El positivo que le permite al juez buscar por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.<sup>30</sup>

(...)

“**4.3.** La Sección Tercera del Consejo de Estado ha estimado que el fallo en conciencia se configura cuando el juzgador se aparta del marco jurídico y decide con fundamento en la mera equidad, razón por la que la motivación no es esencial para la validez de su decisión.<sup>31</sup>”

“También ha dicho que esa estirpe de decisiones se caracterizan por prescindir totalmente del acervo probatorio<sup>32</sup> o de las normas

---

<sup>26</sup> P. G. CARON. “*Aequitas*” Romana, “*Misericordia*” Patristica Ed “*Epicheia*” Aristotelica Nella Dottrina Dell’*Aequitas*” Canonica. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1971, p. 2.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> ARISTOTELES. *Etica a Nicomaco*. 5. 10. 1137 b. Trad. María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, p. 86.

<sup>29</sup> P. G. CARON. “*Aequitas*... Opus. Cit., p. 6.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 98-104.

<sup>31</sup> Sentencias de abril 3 de 1992, mayo 4 de 2000 y octubre 2 de 2003 (Expedientes 6695, 16766 y 24320).

<sup>32</sup> Sentencia de septiembre 14 de 1995 (Expediente 10468).

jurídicas,<sup>33</sup> por la ausencia de razonamientos jurídicos<sup>34</sup> o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.<sup>35</sup>

“En conclusión, podríamos decir que el fallo en conciencia es aquel en el que el juzgador se apoya en su íntima convicción, no da razones de su decisión o prescinde de toda consideración jurídica o probatoria.

“El cambio de la expresión legal “en conciencia” por la de “en equidad” no implica una simple modificación de denominación pues en esa variación va envuelta la defensa de la garantía fundamental al debido proceso.

“La garantía del debido proceso está compuesta por múltiples elementos entre los cuales nos interesa destacar para lo que aquí se discurre el deber que tiene el juez de motivar sus decisiones y el derecho de los asociados a que la solución de sus conflictos se fundamenten en la ley y en las pruebas oportunamente y regularmente allegadas al proceso.

“Esta garantía cubre cualquier actuación jurisdiccional, sin que constituya una excepción la de los particulares que en determinados casos administran justicia como ocurre con los árbitros, pues estos pueden, si las partes los habilitan, proferir fallos en derecho o en equidad aunque “en los términos que determine la ley.”<sup>36</sup>

“Por consiguiente, los fallos de los árbitros, por ser decisiones judiciales, deben ser motivadas y fundarse en las pruebas oportunas y regularmente allegadas al proceso, tal como lo preceptúan los artículos 170 del C. C. A., 303 y 174 del C. P. C.

“Ahora, los jueces, y entre ellos los árbitros, están sometidos al imperio de la ley pero podrán recurrir a la equidad como criterio auxiliar de su actividad, o como criterio único, si en éste último caso, en tratándose de los árbitros, las partes los habilitan<sup>37</sup> para ello, o si, en los demás casos, el proceso versa sobre derechos disponibles y las partes, siendo plenamente capaces, lo solicitan.<sup>38</sup>

“Sin embargo, debe recordarse lo que atrás se expresó en el sentido que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, el arbitramento para la solución de controversias

---

<sup>33</sup> Sentencia de junio 18 de 2008 (Expediente 34543).

<sup>34</sup> Sentencias de agosto 9 de 2001, agosto 23 de 2001, febrero 13 de 2006, junio 18 de 2008 (Expedientes 19273, 19090, 29704 y 34543).

<sup>35</sup> Sentencia de abril 27 de 1999 y abril 16 de 2000 (Expedientes 15623 y 18411).

<sup>36</sup> Artículo 116 de la Constitución Política.

<sup>37</sup> Artículo 116 de la Constitución Política.

<sup>38</sup> Numeral 1º del artículo 38 del C. P. C.

contractuales debe ser siempre en derecho, sin olvidar que se puede pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos.

“Así que en conclusión, los fallos en equidad, sea que los profieran los jueces o sea que los emitan los árbitros en los casos que proceden, no quedan exentos de estar motivados ni de fundamentarse en las pruebas oportuna y legalmente allegadas al proceso.”<sup>39</sup>

Ahora bien, si se juzga rigurosamente por lo que expresa el numeral 6 del art. 163, se deduciría que bajo ninguna circunstancia es admisible que los árbitros juzguen en equidad, conclusión que vale la pena revisar. En efecto, como lo acaba de señalar la Sala –según lo expuesto en la sentencia que se viene de citar- la equidad no está proscrita de los juicios jurídicos, incluidos los arbitrales donde es parte el Estado. Además, cabe agregar, de conformidad con lo expresado en la sentencia del 5 de julio de 2012 –Sección Tercera, exp. 40.718-, que la Constitución Política establece, en el inciso segundo del art. 230, que: “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”, y esto significa que los jueces, incluidos los árbitros, pueden valorar en equidad, como criterio auxiliar de su actividad, algunos problemas jurídicos del proceso, y por eso su ponderación conforme a los dictados de la justicia abstracta es jurídicamente posible y tutelada por la Constitución<sup>40</sup>. Tal es el caso de la fijación de una condena por perjuicios morales, donde la equidad participa de manera importante en la concreción del monto justo que se debe asignar a quien sufrió un daño emocional. Pero lo que no puede ampararse en la equidad es la determinación misma de la responsabilidad, cuya

---

<sup>39</sup> Esta tesis se reiteró en la sentencia del 24 de marzo del 2.011, Sección Tercera, Subsección C, Exp. 38.484.

<sup>40</sup> En este sentido ya se expresó la Sección Tercera, en la sentencia proferida el 8 de julio de 2009 -35.896-: “Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad, en tanto una conclusión semejante repugna con el concepto de justicia y con ello con la finalidad de su administración; amen de ser una interpretación alejada de los postulados de la Constitución Política, en cuyo artículo 230, se establece que: (...)”

“Y es que la equidad, sin duda, realiza el valor justicia, toda vez que constituye el criterio que permite materializarla en los casos particulares; en efecto, dado que las leyes consagran supuestos generales y situaciones en abstracto que se presentan en la sociedad, al ser aplicada a los casos particulares a los cuales está dirigida, requiere de la intervención de criterios y principios que como la equidad permiten desatar cualesquier controversia concretando el valor de justicia; es decir, su importancia reside en que con ella se precave una injusticia derivada de la aplicación de la ley a un caso particular. Por eso, en derecho siempre hay que encontrar decisiones y soluciones que, bajo el principio de equidad y sin abdicar o desconocer la ley, resulten justas, tarea en la cual el juez no se opone a la voluntad soberana del legislador sino que la concreta en atención a la situación particular y en forma tal que esté en consonancia con las circunstancias reales y propias del caso, para evitar inequidades o injusticias y asegurar la misión de la Administración de Justicia en el Estado de Derecho”.

definición se encuentra vinculada a reglas jurídicas precisas, así como a la prueba de los hechos.

Añadió la providencia del 5 de julio que se viene citando que cuando la equidad se usa como criterio auxiliar no autoriza que el juicio y la decisión que contiene el laudo se dicte en conciencia, sino que siendo en derecho se admite que la equidad actúe como criterio auxiliar, pero no principal ni único, para ponderar ciertas decisiones del proceso. Esta circunstancia, sin embargo, sólo puede apreciarse en cada caso, para examinar judicialmente la participación adecuada, correcta y perfecta que la equidad haya tenido en la decisión. Desenmascarar el fallo en conciencia, que encubre la aplicación irracional del art. 230 de la CP., exige un control judicial muy estricto y cualificado que el juez del recurso de anulación ejercerá con rigor. Carlos M. Entrena Klett advierte esta tensión al señalar: "... con lo que se realza la relatividad de los términos *ius strictum* y *ius aequum*. Estas normas rígidas, necesarias en honor a la seguridad jurídica, a la paz social, deben ser detalladamente vigiladas por el legislador para evitar que mantengan su virtualidad cuando ya están obsoletas... 'el destino trágico de tales preceptos formales estriba en que todavía rigen cuando ya carecen de sentido'."<sup>41</sup> Y añade citando a Castán que "la equidad no sirve para formular nuevas normas, sino que es un método para la aplicación de las existentes a los casos de la vida."  
-pág. 59-

De manera que el fallo en equidad, en pura equidad, trasciende la actividad instrumental que ésta tiene al interior del art. 230 de la CP. Se convierte en criterio preponderante, casi único, de la razón que define las pretensiones de la demanda, y desecha la aplicación de reglas jurídicas concretas vigentes que rigen el caso *sub iudice*, para preferir el juicio personal sobre el institucional, que se representa en las normas y reglas vigentes, incluida la jurisprudencia de casos similares. De allí que la equidad desplaza al derecho positivo, y el juez se aleja del principio de legalidad que también lo vincula, para actuar como dictador –en el caso concreto– de las reglas que deben o pueden resolver la controversia.

**c). Tercer criterio definitorio de fallo en conciencia: La hermenéutica sobre las normas aplicables, sobre el contrato y sobre las actuaciones procesales.**

---

<sup>41</sup> La equidad y el arte de juzgar. Ed. Aranzadi. Segunda edición. Pamplona. 1990. Págs. 53 a 54.

También considera la Sala que no configura un fallo en conciencia el hecho de que el juez interprete una norma, o un concepto suyo, o toda una institución jurídica, para dirimir el conflicto. Esta operación cognitiva y del raciocinio, de hecho, es necesaria para formar un juicio correcto, porque se sabe que hace parte del análisis jurídico –y curiosamente también de un análisis en conciencia- la interpretación de los textos, para desentrañar su sentido y aplicarlos a casos concretos, y más aún si se trata de contratos, cuya vocación hermenéutica es indiscutida, tanto así que el mismo Código Civil dedica un capítulo a las reglas hermenéuticas con las que se puede aproximar su sentido –arts. 1.618 a 1.624-<sup>42</sup>.

Claro está que también las leyes enuncian principios o reglas hermenéuticas para su comprensión, entre las que se pueden citar las leyes especiales de una materia –que actualmente acostumbran incorporar reglas interpretativas propias- y las leyes generales, como la 153 de 1887 –arts. 1 a 9, ente otros-<sup>43</sup>.

Lo mismo cabe decir de las actuaciones procesales –como el comportamiento de las partes o los escritos que presentan-, cuya necesidad de ser entendidas no es extraña, más bien es frecuente, y la adelanta tanto el juez arbitral como la jurisdicción de lo contencioso administrativo<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> El Consejo de Estado en sentencia del 20 de junio de 2002 –exp. 20.129 – señaló a este respecto: “De los planteamientos anteriores, extraídos del laudo arbitral que se impugna, se aprecia claramente su juridicidad frente al ordenamiento positivo vigente, ya que el tribunal de arbitramento se atuvo a la voluntad de las partes, en tanto de varios de los documentos de la relación contractual se desprendía que si bien hicieron modificaciones al contrato, la intención siempre fue la de ‘no variar el valor del mismo’ y esto conducía, como lo interpretaron los árbitros, que si una obra del contrato se suprimía para darle cabida a una nueva, su valor se mantendría en los términos originales con fundamento en la ‘compensación’ que siempre se invocó por las partes.

“Que el tribunal de arbitramento haya concluido que las partes convinieron que el valor del contrato no se modificaría no significa que se hubiera proferido el laudo en conciencia, pues con criterio jurídico y previo el análisis del material allegado y recaudado en el proceso negaron las pretensiones de la demanda.”

En el mismo sentido -es decir, sobre la posibilidad hermenéutica de los contrato, por parte de los árbitros- se pronunció la sentencia del 4 de julio de 2002 –exp. 22.012-.

<sup>43</sup> En la sentencia del 10 de junio de 2009 –exp. 35.288- la Sección Tercera indicó: “Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo no son indicativas de un fallo en conciencia, sino de una **decisión en derecho**, producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez arbitral con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su resolución, sin que para que se predique tal connotación de la providencia necesariamente deba coincidir con las argumentaciones de las partes”.

<sup>44</sup> El Consejo de Estado, en sentencia del 24 de mayo de 2006 –exp. 31.024-, señaló: “Para la Sala los argumentos expuestos no conducen a concluir que el laudo se hubiera proferido en conciencia, pues su censura se refiere a la actitud de los árbitros, es decir a la forma en que

De manera que para llevar a cabo esta tarea el juez se sirve de diversas técnicas, pero todas integradas al derecho, porque no están fuera de él, de allí que interpretarlo es hacer derecho, y su materialización no puede confundirse con una actuación basada en la equidad o en la conciencia<sup>45</sup>. Por esto ha dicho la Sección -sentencia del 9 de agosto de 2001 –exp. 19.273-: “... cuando el recurrente critica la interpretación de los árbitros sobre las normas legales y el contrato mismo hace ostensible su queja sobre un punto de derecho, cual es la interpretación indebida de la ley y corrobora la anterior afirmación de la Sala sobre que el laudo sí se profirió en derecho”. Y en la sentencia de 5 de julio de 2.012 –exp. 40.718- agregó:

“Ahora, la interpretación por analogía, que fue lo que aplicó el Tribunal cuando se remitió a la noción de usuario prevista en la ley 142 de 1.994 -que regula los servicios públicos domiciliarios, no la infraestructura vial-, es una técnica jurídica aceptable, que esta jurisdicción no reprocha como forma de razonamiento jurídico para entender un concepto precisamente jurídico, desde el derecho mismo. Ahora, el resultado de esa operación intelectual no lo juzgará esta Sala, porque implicaría entrometerse en la decisión de fondo, cuando tan sólo debe verificar que la decisión no haya sido en conciencia sino en derecho, y lo que se viene indicando es que por esta sola reflexión la calidad de su contenido es, sin duda alguna, jurídica.

“Lo mismo cabe señalar de la posibilidad de interpretar una expresión con ayuda de un diccionario de la lengua española – cualquiera que sea-, teniendo en cuenta dos circunstancias, que califican su utilización como una herramienta al servicio del análisis jurídico riguroso, y no de la equidad o la conciencia. De un lado, el hecho de que se trata de una técnica que utilizan los jueces para llenar de contenido conceptos que no necesariamente tienen un alcance jurídico especial que lo diferencia del lenguaje común. En este orden de ideas, es usual que las sentencias de las altas cortes interpreten los conceptos jurídicos con ayuda del diccionario, para precisar el sentido que adquiere una expresión en el derecho.

“De otro lado, la posibilidad y la necesidad de interpretar un concepto incorporado en una norma, que corresponde al mismo del

---

asumieron la interpretación de la demanda y la valoración de las pruebas, los cuales, a su juicio, lesionaron su derecho de defensa.

“Los hechos descritos dejan ver, una vez más, que el recurrente pretende discutir aspectos del proceso que no encajan en los supuestos del recurso de anulación del laudo -para este caso, en la causal de haberse fallado en conciencia-, aduciendo que el actor no precisó los incumplimientos que le imputaba al demandado.”

<sup>45</sup> En la sentencia del 2 de octubre de 2003 –exp. 24.320- se sostuvo: “Ni tampoco es causal de anulación la equivocada interpretación que el juzgador haga sobre las disposiciones contractuales y las normas sustanciales que rigen la materia, de modo que el recurso tiene un alcance limitado fijado por la ley”.

idioma español, puede hacerse con ayuda del diccionario, lo que, incluso, goza de apoyatura normativa. Se trata de los artículos 28 y 29 del Código Civil –que proceden de la ley 153 de 1.887-, que disponen que las palabras de una ley se deben interpretar según su uso natural -es decir, el del idioma español-, salvo cuando tengan un alcance técnico-legal, en cuyo evento habrá de atenderse a él<sup>46</sup>. Esto significa que el juez, por mandato de esta disposición, puede interpretar la norma ayudado del sentido natural de las palabras, y por esta misma razón esta forma de proceder es jurídica en sí misma, porque la ampara la ley.”

En este sentido, también declaró la Sala -sentencia de 9 de agosto de 2001, exp. 19.273-: “Puede definirse en este punto que cuando el recurrente critica la interpretación de los árbitros sobre las normas legales y el contrato mismo hace ostensible su queja sobre un punto de derecho, cual es la interpretación indebida de la ley y corrobora la anterior afirmación de la Sala sobre que el laudo sí se profirió en derecho.”<sup>47</sup>

**d) Cuarto criterio definitorio de fallo en conciencia: La aplicación del contrato hace parte de la noción de fallo en derecho.**

Que el contrato estatal constituya *derecho vigente*, para decidir la controversia jurídica, es un criterio consolidado en la Sección Tercera, con especial referencia a la siguiente decisión, que puede calificarse de fundadora de la materia, porque recogió las razones principales para considerarlo así -sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 28.990- y se transcribirá extensamente por su claridad y pertinencia para el análisis que se viene haciendo:

---

<sup>46</sup> “Art. 28. Significado de las palabras. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.”

“Art. 29. Palabras técnicas. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso.”

<sup>47</sup> El Consejo de Estado indicó en la sentencia del 27 de junio de 2.002 -exp. 21.040-: “Como se pudo observar el recurrente - INVIAS controvertió el laudo, en el aspecto visto, porque no compartió la decisión a los problemas jurídicos planteados; porque objetó, por una parte, la forma como fue interpretada la demanda de convocatoria, el alcance jurídico dado en el laudo a la institución de la ruptura del equilibrio económico del contrato, la aplicación de la teoría de la responsabilidad como fuente de reparación integral del daño, la interpretación efectuada sobre la cláusula contractual sobre plazo del contrato y la fórmula de ajuste prevista en el pliego de condiciones, la aplicación de la teoría de la responsabilidad por hechos materiales imprevistos, y la valoración probatoria efectuada frente a los hechos de incumplimiento contractual de las partes, y su incidencia en el atraso de la obra y en la alteración del equilibrio económico del contrato.”

*“Las cláusulas de un contrato, y no sólo las normas positivas, constituyen derecho, para efectos de la causal segunda de anulación. Del recuento hecho en el subnumeral anterior, vale la pena aclarar algunos aspectos que confirman a la Sala la conclusión de que el fallo no se produjo en conciencia, sino en derecho.*

“Un fallo en derecho, en materia contractual, no es aquél que se apoya única y exclusivamente en normas con rango de ley, o en decretos, o similares -como parecen entenderlo los recurrentes-; puede estar sustentado en las cláusulas del contrato, y en los documentos que forman parte del negocio jurídico -pliegos de condiciones, cartas, actas, etc.-.

“En efecto, en este campo, el derecho no es sólo el producido por los órganos institucionalmente establecidos para el efecto –tal como ocurre con las materias reservadas a la ley, o con la exclusividad que tienen otras normas, fundamentalmente reglamentos de diversas autoridades, para regular algunos temas-, sino que en esta materia el derecho mismo puede ser, y de hecho tiene que serlo, de creación de las partes.

“Téngase presente, además, que la causal segunda de anulación que se analiza, se estructura sobre la base de que el fallo debe ser en “derecho”, con lo que se quiere significar que el “derecho” es mucho más amplio y omnicompreensivo que las solas normas producidas por el legislador, entre otras normas creadas por órganos formalmente establecidos.

“Incluso el propio Código Civil -al cual remite la ley 80 de 1993, en los arts. 13 y 40- es el que establece que ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’ (art. 1602), y más adelante agrega que ‘los contratos deben cumplirse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.’ (art. 1603)

“De estas normas se desprende que, efectivamente, la capacidad creadora de derecho –con efecto exclusivo entre las partes-, a través de un contrato, es una de las fuentes normativas, a través de las cuales se resuelve, en derecho, un conflicto contractual. Incluso puede ser la más importante fuente de derecho para realizar este cometido encomendado al juez.

“He aquí una diferencia importante, en relación con otras instituciones jurídicas -como por ejemplo la material laboral, o la impositiva, etc.-, cuyo derecho es eminentemente externo a las partes; mientras que en materia contractual, buena parte de su contenido es definido libremente por ellas –desde luego que con una debida cobertura legal-, lo que hace que al momento de definir las controversias el juez se deba ajustar, primero, a los acuerdos alcanzados, por supuesto que manteniendo una permanente observancia de las normas legales con incidencia sobre la relación negocial, y que no pueden ser alteradas por las partes –como es el caso de la ampliación o la creación de causales de anulación del laudo-, según se analizó arriba.

“En el caso objeto de este recurso se aprecia, precisamente, que el fallo se fundamentó en derecho, y, principalmente, en la interpretación y aplicación de las normas contenidas en el contrato –junto con sus aclaraciones, modificaciones y en el pliego de condiciones-, lo que hace que por este aspecto se encuentre apoyado en el derecho.”<sup>48</sup>

Desde luego que a esta tesis le aplica la idea más ampliada de que no sólo el contrato, como documento bilateral, es norma para las partes, y constituye derecho vigente, sino también los demás documentos que lo conforman, como el pliego de condiciones –que se integra al mismo-, la oferta y en general las comunicaciones y tratos preliminares, así como los ocurridos durante la ejecución del negocio, porque todos hacen parte de la noción de derecho ampliado que rige cada negocio jurídico.

**e) Quinto criterio definitorio de fallo en conciencia: La condena sin consideración a las pruebas es un fallo en conciencia.**

El otro supuesto creado por la jurisprudencia lo constituyen las pruebas del proceso, que deberían ofrecer convicción al tribunal de arbitramento, pero si no existen o carecen de soporte valorativo normativo afectan la validez de la decisión. Esto lo ha precisado la Sala, sin interferir en la libertad de que gozan los árbitros para valorar las pruebas, según las reglas de la sana crítica. En palabras de la Corporación: “Revisado el laudo proferido, se observa que el Tribunal se refiere a cada una de las pruebas practicadas dentro del proceso y las valora con fundamento en la sana crítica, concluyendo, respecto de los testimonios, que algunos de ellos son dignos de credibilidad, por no presentar contradicciones y no estar demostrado que los declarantes tuvieran interés en el proceso, y otros, en cambio, debían ser rechazados, por inexactos y contradictorios, y por existir vínculos de diversa índole entre los declarantes y las partes o sus representantes. Con fundamento en estas consideraciones, establece cuáles son los hechos que se encuentran probados y, posteriormente, presenta sus ‘consideraciones jurídicas’, refiriéndose, concretamente, al incumplimiento del contrato, alegado por ambos contratantes, y a las indemnizaciones solicitadas.

“No existe, por lo anterior, evidencia alguna de que el laudo recurrido hubiere sido proferido en conciencia. Por el contrario, del análisis de sus motivaciones se

---

<sup>48</sup> Esta tesis la reiteró la sentencia del 24 de mayo de 2.006, exp. 31.024.

concluye que la decisión en él contenida fue adoptada en derecho, con fundamento en las pruebas obrantes en el proceso, que fueron valoradas conforme a lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil. Es evidente, además, que la argumentación planteada por el impugnante está dirigida, como se demostró anteriormente, a cuestionar las conclusiones obtenidas con fundamento en la valoración efectuada por el Tribunal, lo que sería posible en un trámite de instancia y resulta totalmente improcedente en el recurso de anulación. Así las cosas, se concluye que no puede prosperar la causal invocada, en tanto se sustenta en los argumentos relativos a la valoración de la prueba testimonial.”<sup>49</sup>

Esta tesis se ha reiterado en muchas providencias, entre ellas la sentencia del 6 de julio de 2005 -Sección Tercera, exp. 28.990- donde se planteó: “Adicional a lo anterior, si bien el fallo en conciencia radica, básicamente, en la falta de apoyo normativo para la solución del problema planteado, también el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, puede ser discutido desde esta perspectiva. Según esto, puede ocurrir que el fallo en conciencia se derive del hecho de que las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros, carecen de soporte valorativo normativo, y se radican, fundamentalmente, en la pura y simple conciencia del árbitro.

“No obstante, esto no significa que los árbitros no tengan la libertad de valoración de las pruebas, según las reglas de la sana crítica, lo cual ha sido sostenido por esta Sala, cuando a expresado que: (...)

“En este orden de ideas, para que un fallo sea considerado en conciencia, se exige que su contenido no se haya apoyado en el derecho objetivo que regula la controversia, y que por tanto sea producto de la libre apreciación del juez, sin consideración alguna a las normas del ordenamiento jurídico, además de que el aspecto probatorio debe guardar armonía con esta idea, en tanto que el sentido de la decisión debe ser expresión de las pruebas que obran en el proceso, y su valoración según las reglas de la sana crítica.”<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de mayo de 2000, exp. 16.766. En sentido parecido véase la referencia al tema probatorio frente a la causal segunda de anulación en la sentencia de esta misma Sección, de julio 27 de 2000, exp. 17.591 y en la sentencia de junio 14 de 2001, exp. 19.334.

<sup>50</sup> Esta providencia la reiteró la Sección Tercera en la sentencia del 3 de agosto de 2006 -exp. 31354- y en la sentencia del 16 de junio de 2008 -exp. 34.543-.

Finalmente, ha considerado: “Adicional a lo anterior, si bien el fallo en conciencia radica, básicamente, en la falta de apoyo normativo para la solución del problema planteado, también el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, puede ser discutido desde esta perspectiva. Según esto, puede ocurrir que el fallo en conciencia se derive del hecho de que las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros, carecen de soporte valorativo normativo, y se radican, fundamentalmente, en la pura y simple conciencia del árbitro. (...)

“... para que un fallo sea considerado en conciencia, se exige que su contenido no se haya apoyado en el derecho objetivo que regula la controversia, y que por tanto sea producto de la libre apreciación del juez, sin consideración alguna a las normas del ordenamiento jurídico, además de que el aspecto probatorio debe guardar armonía con esta idea, en tanto que el sentido de la decisión debe ser expresión de las pruebas que obran en el proceso, y su valoración según las reglas de la sana crítica.<sup>51</sup>

“Debe advertirse, sin embargo, frente a esta último requisito, que la posibilidad de que el aspecto probatorio de un proceso arbitral configure una violación al deber de fallar en derecho, radica en que los árbitros estimen y asuman las pruebas y su apreciación con absoluto desdén, capricho o desconocimiento de las reglas básicas que el derecho ofrece para su valoración, convirtiéndose, auténticamente, en una violación al deber de fallar según las reglas jurídicas, expresadas a través de los medios de convencimiento de que disponen los árbitros.

“No se trata pues, y eso está claro, de que el recurrente esconda sus divergencias sobre la manera como el tribunal estimó y valoró las pruebas del proceso, que le ha sido desfavorable, para deducir de allí que se está en presencia de un fallo en conciencia, cuando normalmente, en un caso como este, el juez suele expresar claramente, a lo largo de la motivación de la sentencia, las razones por las cuales

---

No obstante, la tesis se había insinuado tímidamente en la sentencia del 14 de septiembre de 1995 – exp. 10.468- que dispuso: “La Sala considera que si los árbitros conculcan en forma íntegra el recaudo probatorio del proceso arbitral para consultar su propia verdad, dejarán en el ambiente un pronunciamiento en conciencia en la antesala de la decisión y entonces en la motivación del fallo, los miembros del Tribunal harán saber a las partes que sus conclusiones no tuvieron su origen en el procedimiento probatorio. Sin embargo, en este caso, el censor reconoce, que los árbitros se apoyaron en la complementación de la prueba pericial, o sea en la voluntad de la ley, hipótesis contraria al fallo en conciencia, que no tiene base probatoria como ya se dijo.”

<sup>51</sup> Sección Tercera. Sentencia de 6 de julio de 2005. Exp. 28.990.

los medios de prueba le han conducido a tomar una u otra posición, gracias a la libertad de valoración –sana crítica- que la ley procesal le confiere.”<sup>52</sup>

Esta tesis, sin embargo, no admite que se controvierta el laudo, a través del recurso de anulación, aduciendo que la valoración probatoria es incorrecta, inadecuada u otro defecto que el recurrente le endilgue a la providencia, porque en tal caso no se está en presencia de un fallo en conciencia sino de una providencia errática, que no admite controversia en el proceso de anulación, porque no se trata de una segunda instancia, es decir, de un recurso de apelación<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Sentencia de febrero 7 de 2008. Exp. 33.811. La Consejera Myriam Guerrero de Escobar, en aclaración de voto a la sentencia 35.288, proferida el 10 de junio de 2009, expresó: “... deberá tenerse en cuenta que también se configura la causal de fallo en conciencia cuando el juez no obstante haber hecho referencia al derecho positivo y efectuado la valoración de la prueba en forma detallada y conjunta y de armonizarla en debida forma, finalmente y sin razón que lo justifique, se aparta de ella y falla a su leal saber y entender, manteniéndose al margen de su contenido y de lo que se ha demostrado a través de su análisis.

“La prueba debe constituirse en fundamento del fallo y no simplemente en una apariencia para darle legalidad a la sentencia puesto que el juez no está facultado para desechar la prueba válidamente aportada al proceso y en su lugar crear su propia prueba que pueda acomodarse a la decisión que en equidad profiere. Una cosa es que el juez tenga potestad para valorar e interpretar la prueba, aspecto que no puede ser cuestionado por vía del recurso de anulación y otra muy diferente es que la ignore de plano, evento en el cual hay lugar a que se configure el fallo en conciencia”. Finalmente, en sentido similar se pronunció la sentencia de agosto 23 de 2010 –exp. 38.051-.

<sup>53</sup> En la sentencia del 2 de octubre de 2003 –exp. 24.320- la Sección indicó, en el sentido que se viene comentando, que: “Ahora bien, si en sentir del recurrente el análisis probatorio no se sujetó a la verdad de lo sucedido y, el alcance que el juzgador le dió al contrato resultaba equivocado; dicho argumento en realidad constituye una inconformidad sustancial con lo decidido, bien porque resultaba equivocada la valoración o la interpretación del contrato. Pero, esta inconformidad no constituye un error in-procedendo que hubiese afectado la validez de la actuación o que hubiese desconocido el derecho de defensa; en realidad, la inconformidad del recurrente obedece simplemente a la intención que tiene el recurrente de que por esta vía procesal se efectúe otro análisis de las pruebas y del contrato, para lograr una conclusión y una decisión diferente.  
(...)

“El fallo en conciencia sólo se evidencia cuando la sentencia proferida no se sujeta al marco jurídico vigente y de esta manera se basa en la mera equidad, lo que no ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, por cuanto los árbitros profirieron la decisión impugnada con apoyo en el acervo probatorio, en cumplimiento de las reglas de la sana crítica, con sujeción a las disposiciones legales y a las normas contractuales. Cosa distinta es que en sentir del recurrente, la valoración y el alcance que el juzgador le dió a cada uno de los medios probatorios sea abiertamente equivocado.”

En el mismo sentido, agregó la sentencia del 10 de marzo de 2005 –exp. 27.946-: “La deficiencia en la apreciación probatoria el legislador la ha tenido en cuenta pero como supuesto de otros medios de defensa, como el recurso extraordinario de casación, al establecer dentro de las causales de casación, la violación de norma de derecho sustancial y señalar que puede ocurrir como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria o por error de hecho manifiesto en la apreciación de determinada prueba (art. 368 num. 1 del C. P. C.). Pero se repite que el legislador no contempla los defectos en la apreciación de las pruebas o la pretermisión de

**f) Sexto criterio definitorio de fallo en conciencia: No lo constituye la incursión en una vía de hecho.**

Asimismo ha expresado la Sección que la comisión de una vía de hecho no es constitutiva de un fallo en conciencia, sin que ello signifique que la jurisdicción de lo contencioso administrativo haga caso omiso de una irregularidad semejante, es sólo que no puede olvidarse que el tribunal de arbitramento tramita un proceso de única instancia y que el Consejo de Estado sólo juzga vicios específicos de la decisión, no inconformidades generales frente a ella. Al respecto ha manifestado esta Corporación: "... es necesario aclarar en primer lugar, que dentro de las taxativas causales de anulación de los laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias surgidas de contratos estatales, contenidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y recogidas por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998 a las que ya se hizo alusión, no se halla la vía de hecho.

"Y en segundo lugar, no se puede afirmar que cuando un juez incurre en una vía de hecho, está profiriendo un fallo en conciencia. Ya se dijo en qué consistía este último: Es la decisión que se toma sin tener en cuenta el derecho positivo aplicable y con fundamento en el sentido de justicia del juzgador, que puede ser perfectamente válido, cuando existe autorización legal para tomar esta clase de decisiones, tal y como sucede con los laudos arbitrales regidos exclusivamente por el Decreto 2279 de 1989, que pueden ser de tres clases: en derecho, en conciencia o técnicos.

"En cambio, la vía de hecho implica siempre un desbordamiento del ordenamiento jurídico por parte del juez, que permite afirmar la inexistencia de una sentencia como tal y por lo tanto, acudir a la interposición del mecanismo de la tutela para amparar derechos fundamentales y evitar los perjuicios derivados de tal actuación.

"De acuerdo con lo anterior, resulta evidente el error en que incurre el apoderado del INVIAS al equiparar la vía de hecho, con el fallo en conciencia, que es la circunstancia consagrada como causal de anulación del laudo arbitral".

---

alguna de ellas al momento de decidir, como causa jurídica de imputación en un recurso extraordinario de anulación contra un laudo arbitral y menos bajo el enunciado de haberse emitido fallo en conciencia, debiendo haber sido en derecho. Partiendo de esos conceptos, la Sala examinará si la causal alegada, para anulación del laudo recurrido, se configura."

**g) Séptimo criterio definitorio de fallo en conciencia: La decisión equivocada tampoco configura un fallo en conciencia.**

Como consecuencia de lo que se ha mencionado en los aspectos analizados, el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que el error en que incurran los árbitros al decidir no constituye un fallo en conciencia, sino una decisión equivocada, no controlable a través de la causal sexta de anulación –y de hecho a través de ninguna otra-. Así, por ejemplo, en la sentencia del 28 de noviembre de 2002 –exp. 22.191- precisó: “... es claro que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, de manera que la causal de anulación citada no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento, por parte del juez del recurso. De otra manera, so pretexto de su interposición, se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, sometiendo la controversia a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia. De allí que, como se ha expresado, el recurso de anulación no dé lugar al trámite de una nueva instancia; que, además, las causales previstas para su interposición estén dirigidas a corregir errores *in procedendo* y, sólo de manera excepcional, errores *in judicando*, y que, en este último caso, como también se ha dicho, los límites del juez estén claramente definidos en la ley”.

Esta tesis se ha reiterado en muchas providencias, entre ellas: exp. 34.543, de junio 16 de 2008; exp. 35.288, de junio 10 de 2009; exp. 35.896, de julio 8 de 2009; exp. 36.364, de febrero 3 de 2010; exp. 42.126, de abril 30 de 2012; exp. 38.051, de 23 de agosto de 2010 y exp. 41.029, de noviembre 17 de 2011.

**2.1.2. El caso concreto**

Apoyados en la fundamentación extensamente expresada, se recuerda, primero, que el recurrente cuestionó el laudo por cuatro razones: i) por apartarse “caprichosamente de la apreciación y valoración del acervo probatorio acerca de la imposibilidad de aplicar literalmente la cláusula controvertida”; ii) por omitir infundadamente la apreciación y valoración de las pruebas, en lo referente al acuerdo al que llegaron MPC y Ecopetrol para liquidar el PAP sólo sobre la producción a favor de aquella; iii) por hacer caso omiso del acervo probatorio

existente acerca de que Meta Petroleum no manifestó su voluntad expresa y clara sobre el contenido del documento VEX-000102 del 10 de febrero de 2005; y iv) por omitir las pruebas existentes que evidenciaban que MPC no manifestó su voluntad sobre el Acuerdo No. 13 del 18 de abril de 2005, expedido por la ANH.

Desde ahora la Sala advierte que el cargo será desestimado, por las razones que a continuación se exponen, esencialmente porque los supuestos de hecho sometidos a consideración no se circunscriben a la causal de anulación. En efecto el numeral 6 del artículo 163 señalado, establece que es causal de anulación: "Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo."

Esto significa que el laudo se dicta en conciencia cuando no existe conexión posible entre las pruebas de las que se debe valer el juez al momento de resolver y el fallo proferido. Con más rigor: la decisión es en conciencia cuando no se sustenta en los elementos de discernimiento, sino en criterios personales del juzgador. No obstante, frente al caso concreto la Sala advierte dos circunstancias: i) El laudo no se dictó en conciencia, y ii) la intención del recurrente es que se valore nuevamente el material probatorio, como si se tratara de una instancia ordinaria del procedimiento, porque realmente en ello radica su inconformidad.

a) En efecto, respecto a la *primera inconformidad*, no se advierte que se haya fallado en conciencia, y menos de manera evidente -como lo exige la norma-, porque el Tribunal llegó a la conclusión de que la cláusula cuya interpretación se demandó, era aplicable conforme a las pruebas aportadas al proceso. En este orden, además de que se interpretó el documento, de manera exegética o literal, el laudo también se refirió a las evaluaciones técnicas de la firma Petrotech Engineering, donde se aplicó la estipulación. En otros términos, no es cierto que el Tribunal de arbitramento se haya abstraído de las pruebas, porque a pesar de que no le dio el mismo valor a todos los elementos de convicción, como es apenas natural que suceda en el proceso intelectual de valoración probatoria, sí basó su decisión en ellos. Incluso, en la interpretación "gramatical" que se hizo de la cláusula, los árbitros consideraron una prueba en la que se calculó la participación adicional para Ecopetrol con base en la producción total del campo y en la que no existió "imposibilidad" para aplicar la fórmula demandada. El Tribunal dispuso:

“En efecto, a folios 95 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 30 obra la traducción oficial del documento ‘Evaluaciones de las Reservas Probadadas y Probables de Pacific Rubiales Energy Corp. En lo Bloques La Creciente, Guaduas, Rio Ceibas, Abanico, Quifa Norte, Moriche, Pulí, Guama y Bungaviles en Colombia para el año terminado en 2010’ (documento que en su versión original obra a folios 927 a 1020 del Cuaderno de Pruebas No. 3), en el cual se expresa (folio 195 del Cuaderno de Pruebas No. 30):

“ ‘Según lo estipulado en la cláusula 14.9 del contrato de participación con ECOPETROL, ECOPETROL tiene derecho a recibir un interés económico adicional, cuando el precio del petróleo supere cierto límite. Este interés económico se define en una fórmula:

“ ‘Participación Adicional= $((P-Po)/P) \times 30\%$  y  $Po = \$40/bbl$  de WTI a 01-01-2006.

“ ‘Para efectos de esta evaluación, la participación de Ecopetrol se estima como sigue:

Año	WTI Proyectado, \$/bbl	Participación de Ecopetrol
2011	93.61	0.548515

(...)

“En relación con dicho análisis debe destacar el Tribunal, en primer lugar, que en el mencionado documento no se expresa ninguna duda sobre el alcance la estipulación que se invoca ni sobre la base a la que se aplica. En segundo lugar, si bien el análisis del experto no señala explícitamente que para determinar la participación de Ecopetrol se haya tomado como base la producción total, observa el Tribunal que si se toma la participación que el experto señala para el año 2011 con la que corresponde a la tesis de las dos partes se aprecia que la misma se aproxima a la sostenida por Ecopetrol

“En efecto, por comunicación del 8 de abril de 2011 Ecopetrol manifestó que su participación es del 55,97% calculada para el mes de abril (folio 487 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

“Por comunicación del 26 de mayo de 2011 Ecopetrol manifestó que su participación es del 56,87% calculada para el mes de mayo (folio 489 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

“Por comunicación de 14 de junio de 2011 Ecopetrol manifestó que su participación es del 55,75% calculada para el mes de junio (folio 491 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

“Por comunicación del 7 de julio de 2011 Ecopetrol manifestó que su participación es del 55% calculada para el mes de julio (folio 493 del cuaderno de pruebas No. 1)

“Por comunicación del 4 de agosto de 2011 Ecopetrol manifestó que su participación es del 55,16% calculada para el mes de agosto (folio 495 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

“Por comunicación del 5 de septiembre 2011 Ecopetrol manifestó que su participación es del 53,27% calculada para el mes de septiembre (folio 497 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

“Por comunicación del 6 de octubre de 2011 Ecopetrol manifestó que su participación es del 47,88% calculada para el mes de octubre teniendo en cuenta el Acta de Acuerdo suscrita por las partes. Sin embargo aclara que según su posición su participación es del 55% calculada durante el mes de octubre (folio 499 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

“Por comunicación del 3 de noviembre de 2011 Ecopetrol manifestó que su participación es del 47,97% calculada para el mes de noviembre teniendo en cuenta el Acta de Acuerdo suscrita por las partes. Sin embargo aclara que según su posición su participación es del 53,29% calculada durante el mes de octubre (folio 501 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

“Por comunicación del 9 de diciembre de 2011 Ecopetrol manifestó que su participación es del 49,08% calculada durante el mes de diciembre teniendo en cuenta el Acta de Acuerdo suscrita por las partes. Sin embargo aclara que según su posición su participación es del 55,14% (folio 503 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

“Así mismo, si se examina el anexo del diciembre pericial se aprecia que según la tabla que aparece en dicho anexo la participación adicional de Ecopetrol para el año 2011 según la posición de esta empresa osciló entre el 13.91% y el 15.98%, en tanto que dicha participación, según la posición de Meta Petroleum osciló entre el 8,34% y el 9,59% cifras que sumadas a la participación original de Ecopetrol arrojan un total, de acuerdo con la tesis de Ecopetrol, entre el 53,91% y el 55,98%, y según la posición de Meta Petroleum entre el 48,34% y el 49,59%

“Si se comparan las cifras que se indican, con el monto estimado por Petrotech, del 55% para el año 2011, se aprecia que el porcentaje que calculó esta empresa, que es un tercero experto contratado para evaluar las reservas de Meta Petroleum, como participación de Ecopetrol es semejante al porcentaje que se aplicaría de acuerdo con la tesis de Ecopetrol.

“Lo anterior reafirma entonces el parecer del Tribunal acerca de que, de acuerdo al texto del Otrosí, la fórmula contemplada en el numeral 14.9 del mismo debe aplicarse sobre la producción total.”

Ahora, aun cuando algunos elementos de juicio -que el Tribunal no desconoció- indicaban que era inaplicable la cláusula cuya interpretación se controvertía, lo cierto es que le dio mayor valor a aquéllos que no consideraron que la estipulación demandada estaba incompleta, y que por, el contrario, hicieron el cálculo respectivo, teniendo como base para determinar la participación adicional la

producción total del área contratada, que no es una conclusión distinta a la que adoptó el tribunal.

De otro lado, como el recurso extraordinario de anulación no es una segunda instancia del procedimiento arbitral, y que para definir la aplicación de la cláusula controvertida el Tribunal tuvo en cuenta los elementos de juicio aportados al proceso, no prospera la causal 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, porque para que proceda es necesario demostrar que el juez se separó de las pruebas, que hizo abstracción de ellas para tomar la decisión, lo que no se predica de la decisión recurrida.

No menos importante resulta destacar que el objeto de la controversia -interpretar la cláusula controvertida- era un asunto de puro derecho, que en caso de no ser deducible del texto mismo del negocio jurídico, lo era a partir de la intención de las partes del contrato. Además, los árbitros tenían competencia para determinar el alcance de la cláusula, porque así lo definieron las partes, de modo que si tuvo o no en cuenta "la totalidad" de las pruebas no es un asunto que ahora deba reprocharse, porque esta no es la finalidad de la causal de anulación.

**b)** El *segundo cuestionamiento* del recurrente tampoco prosperará, porque –se reitera- la causal 6 de anulación aplica cuando el Tribunal se apoya en su criterio personal, y se abstrae totalmente de los elementos de juicio del proceso.

En efecto, se cuestionó la decisión arbitral porque indagó sobre los antecedentes del contrato QUIFA y de su Otrosí, para concluir que era prácticamente irrelevante el acuerdo alcanzado en octubre de 2004 y que ninguna significación tuvo la aprobación de la Junta Directiva de ECOPETROL, impartida a la modificación del Contrato QUIFA, del 21 de octubre de 2004. De esta forma, hizo caso omiso de todas las pruebas que, con dificultad, se recaudaron en el proceso.

Para establecer si se decidió en conciencia por la interpretación que hizo el Tribunal de la cláusula controvertida, con base en los antecedentes del Otrosí modificatorio, es necesario acudir al numeral 4.2.2.2. del laudo. Sin embargo, se advierte, en primer lugar, que los árbitros tuvieron en cuenta un amplio conjunto de pruebas del proceso, afirmación que se sustenta en las declaraciones que obran a folios 489 y siguientes del cuaderno principal. Incluso, las pruebas que

echó de menos el recurrente se transcribieron en el laudo, en gran medida. En efecto, a folio 498 se expresó:

“El 13 de octubre del año 2004, META PETROLEUM, remite a ECOPETROL una comunicación suscrita por el Presidente Ejecutivo BORIS P. ABAD, en la que manifiesta (folio 204 del Cuaderno de Pruebas No. 1):

“ ‘Anexo estamos enviando el Acta de negociaciones con los cambios correspondientes que identifiquen (sic) nuestra posición de equilibrio de las condiciones económicas del contrato actual con respecto al publicado por la ANH para su evaluación y posterior aprobación’ (se subraya)

“En dicha Acta se señaló:

“ ‘Acta de Negociación  
‘Contratos de Asociación Quifa.

“ ‘Fecha octubre 11 de 2004  
“ ‘Lugar Bogotá D.C.,

“Las partes (Ecopetrol S.A. y Meta Petroleum) en cumplimiento de la cláusula 41 (Mecanismos para Igualar Condiciones Económicas) del Contrato de Asociación Quifa y después de varias interacciones, han llegado a los siguientes acuerdos iniciales:

“ ‘1. Tipo de contrato. Modificar el Contrato de Asociación Quifa mediante un otrosí involucrando los cambios mencionados a continuación.

“ ‘2. Participación en inversiones de exploración y explotación: Meta Petroleum asume el 100% de los costos exploratorios hasta el segundo pozo exploratorio, es decir las obligaciones correspondientes a las fases 1 y 2 del Período de Exploración del contrato, inversiones que serán reembolsadas por ECOPETROL en un 30%, con el 50% de la producción que le corresponde a ECOPETROL, si hay descubrimiento de hidrocarburos.

“ ‘A partir del tercer pozo exploratorio, los costos de exploración, desarrollo y explotación serán en la proporción 30% para ECOPETROL y 70% para Meta Petroleum.

“ ‘3. Distribución de la producción. Se elimina el factor R del contrato, de tal manera que la distribución de la producción durante toda la vida del contrato será bajo el siguiente esquema:

“ ‘Meta Petroleum 60%

“ ‘Ecopetrol 40%

“ ‘Adicionalmente Ecopetrol tendrá derechos económicos por precios de hidrocarburos altos, basados en el marcador West Texas Intermediate (WTI) (P) atendiendo a la siguiente fórmula o una similar, si este precio supera el Po de la tabla y a partir de que cada campo comercial alcance una producción acumulada de 5 millones de barriles.

$$\text{“pago a ECP} = \text{Valor de los Hidrocarburos en el Punto de entrega (US\$/Bl)} \times \text{Volumen de Hidrocarburos De la Asociada (Bl)} \times \frac{\text{P-Po}}{\text{P}} \times 30\%$$

Gravedad API de los Hidrocarburos Líquidos producidos	Po (USD \$ Bl)
>15 y ≤ 22	28+2
>22 y ≤ 29	27
>29	26
>13	40
>10	40

“ ‘...’ ”

“Es pertinente destacar que dicha Acta fue enviada para su evaluación y posterior aprobación y no fue firmada por Ecopetrol.

“Por otra parte es importante destacar que si bien la fórmula del Acta de Negociación era semejante a la propuesta por Ecopetrol, no era totalmente idéntica. En efecto, la misma contemplaba en materia de precio un renglón adicional para los casos en que la gravedad fuera mayor de 13.” –fls. 498, 499 y 500, cdno. ppal.-.

De esta manera, la inconformidad de la convocante no radica en que el Tribunal omitió la valoración probatoria; en realidad obedece a la conclusión desfavorable a sus intereses, supuesto que no se enmarca en la causal 6 de anulación de los laudos. Por tanto, la aparente omisión del Acta de Negociación, no es suficiente para que se declare que el laudo se profirió en conciencia, porque además de que los árbitros sí la tuvieron en cuenta –según se transcribió-, no fue el único elemento de juicio que soportó la decisión.

Lo cierto del caso es que el Tribunal se refirió ampliamente a los medios de prueba del proceso, y para constatarlo basta estudiar la decisión, que concluyó

que la participación de la convocada debía calcularse sobre la totalidad de la producción, así que no se falló en conciencia, lo que es evidente en el laudo, y de hecho extraña que la parte impugnante sostenga lo contrario.

Lo mismo aplica al Acta No. 27 de la Junta Directiva de Ecopetrol, cuya valoración obra a folio 503 y ss. del cuaderno principal, donde el Tribunal concluyó que:

“Del acta de la Junta Directiva se desprende que la misma no se sometió el detalle de la negociación con Meta Petroleum, sino un esquema que correspondía al acuerdo a que se había llegado con la asociada. En dicho esquema se previó una participación adicional en producción ‘según criterios y escala de la AHN’, pero sin ninguna indicación concreta acerca de la fórmula que debería aplicarse y sobre qué base. Es importante señalar que lo aprobado por la Junta Directiva no correspondía literalmente a la denominada Acta de Negociación, pues dicha Acta contemplaba un pago a Ecopetrol en dinero por precios altos, en tanto que el esquema adoptado por la junta era una participación adicional en la producción. A lo anterior, se agrega que según la declaración del doctor Luis Ernesto Mejía, éste consideraba que el mecanismo iba a funcionar como lo hace en el contrato de la agencia, pero sin que hubiera claridad que se aplicaría sobre el 100% de la producción del campo o sobre la parte de la producción que le correspondía a la asociada. Finalmente, es de destacar que la Junta Directiva autorizó la celebración de los otrosíes sobre el esquema aprobado.” –fl. 506, cdno. ppal.-.

Mal puede calificarse como laudo en conciencia aquél donde el Tribunal identifica y estudia los elementos de juicio que sustentan su posición, comportamiento que descarta que lo decidido contenga un criterio puramente personal sobre la solución del litigio; por el contrario, se decidió a partir de las pruebas que obraban en el proceso.

Por tanto, y en términos generales, la conclusión de esta Sala es idéntica a la señalada para la acusación anterior, es decir, que por este cargo la causal tampoco prosperará.

**c)** La *tercera inconformidad* de la recurrente tampoco conduce a anular el laudo, según la cual –recuérdese- la pretensión principal de Ecopetrol no podía prosperar porque era necesario que acreditara que el documento VEX-000102 del 10 de febrero de 2005 consagró la voluntad expresa y clara de las partes sobre el alcance de la cláusula 14.9 del *otrosí*. No obstante, se tramitó -a juicio de la

recurrente- “a espaldas de META PETROLEUM” –fl. 919, cdno. ppal.-, porque no era cierto que allí se plasmó ese propósito.

Lo cierto es que el Tribunal no falló en conciencia, al margen de que MPC materializara o no su voluntad en el documento VEX-000102, como lo exige el recurrente; pues para llegar a esa conclusión se tuvo en cuenta un número amplio de pruebas para acceder a la pretensión principal de la demanda de reconvención. En este sentido, a folios 533 y siguientes del cuaderno principal los árbitros expresaron:

“El 10 de febrero de 2005 ECOPEPETROL envió a la Agencia Nacional de Hidrocarburos –ANH, la comunicación VEX-000102, mediante la cual informó sobre la aplicación de la Cláusula 41 del Contrato, y expresó (folio 209 del Cuaderno de pruebas No. 1):  
(...)”

“ ‘ii) La participación en producción será del 40% para Ecopetrol y 60% para la Asociada, con protección en participación en producción para Ecopetrol por precios altos de hidrocarburos y eliminación del concepto de Factor ‘R’ del contrato.

“ ‘En concordancia con el acuerdo logrado, el contrato de asociación Quifa va a ser ajustado mediante un otrosí, el cual en términos generales contiene las siguientes modificaciones y/o adiciones:  
(...)”

“ ‘Cláusula 14- Distribución y Disponibilidad de los Hidrocarburos  
(...)”

“ ‘-Se establece una participación adicional en producción para Ecopetrol por precios altos, conforme a la siguiente fórmula y tabla...’.”

Claro está que determinar si esta comunicación expresa o no la voluntad de la convocante tampoco es asunto que deba estudiarse a través del recurso de anulación, porque -como se ha insistido- no se trata de una instancia más del proceso arbitral.

En todo caso, es inaceptable para esta Sala pensar que “El Tribunal hizo caso omiso del acervo probatorio existente acerca de que META PETROLEUM no manifestó su voluntad expresa y clara sobre el contenido del documento VEX-000102 del 10 de febrero de 2005”, porque la decisión judicial no se hizo abstracción de las pruebas que brindaron convicción para declarar que prosperaba

la pretensión primera de la demanda de reconvención de Ecopetrol. Así mismo - hay que reiterarlo-, el Tribunal no solo fundamentó la decisión en los antecedentes de la modificación del contrato, sino también en la literalidad del *otrosí*, donde el recurrente exteriorizó su voluntad.

No obstante, si en gracia de discusión la recurrente tuviera razón, porque no expresó su voluntad *clara y expresa* en el oficio VEX-000102, de todas maneras no sería posible valorar de nuevo las pruebas, para acceder o no a la pretensión, porque el recurso de anulación no lo admite. En otros términos, para que no prospere el recurso extraordinario a esta Sala le basta verificar que el juez fundamentó la decisión en los elementos de juicio del proceso, lo cual excluye la posibilidad de que haya sido la posición personal del fallador y la separación de los medios de convicción hayan determinado la decisión. Por lo expuesto, y comoquiera que se advierte el fundamento normativo y probatorio del proceso, se negará pretensión anulatoria, por la causal 6 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

d) Finalmente, la *cuarta inconformidad* de la convocante tampoco prosperará. La recurrente aludió nuevamente a la primera pretensión de la demanda de reconvención<sup>54</sup>, y a continuación se refirió a la parte resolutive del laudo<sup>55</sup>. En este orden, señaló que para que procediera lo pretensión de Ecopetrol, era necesario acreditar que la voluntad expresa y clara de las partes, “estuviera recogida en el Acuerdo No. 013 del 18 de abril de 2005, con el que la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS, (ANH) autorizó las modificaciones al Contrato de Asociación” –fl. 921, cdno. ppal.-. No obstante, aseguró que este acuerdo no

---

<sup>54</sup> “ PRIMERA.- Que se declare que la cláusula 14.9, debe ser aplicada en su integridad de conformidad con la voluntad expresa y clara de las partes, contenida en el documento VEX-000102 del 10 de febrero de 2005, solicitud de modificaciones al Contrato de Asociación Quifa; el Acuerdo No. 013 del 18 de abril del 2005, con el que la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS, (ANH) autoriza las modificaciones al Contrato de Asociación, y el Otrosí No. 1 al Contrato de Asociación Quifa, suscrito el 25 de mayo de 2005; en el sentido de que el porcentaje que resulte de aplicar la fórmula contenida en la cláusula 14.9.3 del otro sí (sic) No. 1 al Contrato de Asociación Quifa, suscrito el 25 de mayo de 2005 debe adicionarse al porcentaje establecido para ECOPETROL, en la Cláusula 14.2 del Otrosí No. 1 al Contrato de Asociación Quifa, suscrito el 25 de Mayo de 2005, tal y como lo dispone el numeral 14.9.1 del Otrosí mencionado y como lo señaló ECOPETROL en la sesión No. 18 del Comité Ejecutivo Extraordinario de la Asociación Quifa, el 18 de julio de 2011.’ (se subraya y resalta)” –fl. 921, cdno. ppal.-.

<sup>55</sup> “ SEGUNDO.- En consecuencia se niega la pretensión de la demanda inicial se acoge la primera de la demanda de reconvención y se niegan las excepciones formuladas contra la pretensión primera de la demanda de reconvención.’ (se subraya y resalta)” –fl. 917, cdno. ppal.-.

determinó la existencia de un convenio claro y expreso entre las partes, y menos podía invocarse para fundamentar en él la pretensión primera de la demanda de reconvención, ni una interpretación de la fórmula económica contenida en la cláusula 14.9.3 del *otrosí* No. 1, dado que éste “para nada se refiere a la modificación de las condiciones económicas de contrato de asociación” –fl. 922, cdno. ppal.-, tal como se demostró con el mismo, en el que la Agencia Nacional de Hidrocarburos manifestó: “Que **las modificaciones referentes a las condiciones económicas**, en aplicación de la cláusula de ‘Mecanismos para igualar las condiciones económicas’ compete solamente a las partes de la relación contractual, razón por la cual se abstuvo de pronunciarse sobre el particular.” –fl. 921, cdno. ppal.-.

La Sala no accederá a la solicitud de la recurrente porque el supuesto de hecho, que a su juicio constituye un fallo en conciencia, en realidad no se ajusta a los presupuestos de la causal de anulación. En efecto, la primera pretensión de la demanda de reconvención se concedió con base en varios elementos de convicción, que le dieron al Tribunal certeza sobre la participación adicional a que tenía derecho Ecopetrol sobre la producción total del área contratada. Esto se deduce no sólo del numeral 4.2.2.1 del laudo –fls. 483 y ss.-, donde los árbitros interpretaron el texto del contrato -y llegaron a la conclusión anotada, de conformidad con la cláusula del *otrosí* modificadorio, que apoyó la pretensión de reconvención-, sino también de los antecedentes del *otrosí*, donde se advirtieron, entre otras, las comunicaciones cruzadas entre los funcionarios de la empresa petrolera estatal y el Acta No. 013 del 18 de abril de 2005. Respecto a ésta el laudo estableció:

“Por otra parte, por acuerdo No. 013 del 18 de Abril del año 2005 (folio 212 y 213 del Cuaderno de Pruebas No 1) la ANH aprobó las modificaciones al contrato original.

“Es importante destacar que en los considerandos del Acuerdo se expresó:

“ ‘Que por otra parte, en relación con las modificaciones a las cláusulas que comportan elementos económicos, ECOPETROL S.A. presenta como condiciones económicas del Acuerdo entre ECOPETROL S.A. y al (sic) asociada para el contrato de asociación Quifa...

“ ‘En cuanto a la participación en la producción será de 40% para Ecopetrol S.A. y 60% para la asociada, con una participación adicional para Ecopetrol S.A. por

precios altos de petróleo según criterios y escala del contrato modelo de la ANH y eliminación del factor 'R' del contrato.

“ ‘Que las modificaciones referentes a las condiciones económicas en aplicación de la cláusula de mecanismos para igualar condiciones económicas compete solamente a las partes de la relación contractual, razón por la cual se abstuvo de pronunciarse sobre el particular, lo anterior de conformidad con lo previsto en el Acuerdo 0002 del 24 de septiembre/03. en especial con lo dispuesto en el párrafo único del Artículo 1°.

“ ‘Que por lo anterior

“ ‘ACUERDA:

“ ‘Artículo 1° A probar las modificaciones al contrato de asociación Quifa, en los términos de la solicitud de ECOPETROL S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente Acuerdo y lo solicitado por ECOPETROL S.A., en el oficio número VEX-000102 DEL 10 DE FEBRERO DE 2.005.

“ ‘Artículo 2° Abstenerse de aprobar las modificaciones relacionadas con las condiciones económicas, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acuerdo’.

“Como se puede apreciar, la ANH no aprobó las condiciones económicas particulares del contrato y por ello no procedía ninguna actuación frente a ella, si Meta Petroleum no estaba de acuerdo con tales condiciones. Sin embargo, es claro que Meta Petroleum conoció dicha resolución y pudo enterarse, si es que no lo había hecho antes, de lo que había sometido Ecopetrol a la ANH, lo cual contenía la fórmula que se incluyó en el otrosí que se firmó. Ahora bien, frente a dicha fórmula no aparece prueba de haber expresado reparo alguno.” –fls. 538 a 539, cdno. ppal.-.

Nótese que para acceder parcialmente a la demanda de Ecopetrol, el Tribunal señaló que el documento que sirve de base para impugnar la decisión fue suscrito únicamente por la ANH, no obstante, en dicha acta la entidad aprobó las modificaciones al contrato de asociación inicial, que no fue otra cosa que la afirmación y la viabilidad que la Agencia le dio a la voluntad de las partes.

En este orden, aun cuando la primera pretensión de la demanda de reconvención sugirió que la cláusula objeto de la controversia debía interpretarse de conformidad con el acta transcrita, que contenía la voluntad de las partes, y la convocante en realidad no la suscribió, resulta cierto que constituyó la aprobación

de la Agencia Nacional de Hidrocarburos a las tratativas de las partes, para finalmente modificar el contrato, mediante un *otrosí*, donde las éstas consignaron su voluntad sobre las variaciones de las condiciones económicas del negocio jurídico. Por lo anterior, el Tribunal estaba legitimado para conceder la pretensión en los términos planteados, porque finalmente lo hizo con fundamento, principalmente, en el *otrosí* modificatorio.

Ahora, si en gracia de discusión la pretensión de la demanda de reconvención se planteó mal, porque señaló que esa Acta contenía la voluntad de las partes, la Sala tiene claro que el recurso de anulación no es el escenario para controvertir las pruebas que demostraban si se suscribió o no dicho documento. Basta con que se advierta que la pretensión se fundamentó en el material probatorio y en el derecho aplicable, para declarar impróspera la causal de anulación invocada. En razón a lo expuesto el cargo en general será desestimado.

### **3.2. Segundo Cargo -Causal No. 8-: “*Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.*”**

#### **3.2.1. Generalidades sobre la causal**

Esta causal protege la simetría que debe existir entre lo que las partes solicitan al juez y lo que éste decide, de manera que preserva el principio de la congruencia, previsto en el art. 305 del C. de P. Civil<sup>56</sup>, constituyendo un límite a la actividad judicial.

La causal se concreta en tres supuestos: i) cuando el Tribunal se pronuncie sobre aspectos que, según la Constitución y la ley, son ajenos a su conocimiento; ii) cuando las decisiones adoptadas en el laudo desborden la competencia delimitada por las partes, en el compromiso o cláusula arbitral y iii) cuando la decisión arbitral no es congruente con lo solicitado en la demanda o en la contestación, actuaciones que delimitan la relación jurídico-procesal, pues, de no ser así, el fallo sería *extra* o *ultra petita*. Sobre el tema, la jurisprudencia ha expresado:

---

<sup>56</sup> Artículo 305 “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.

“b. La causal legal de nulidad en estudio contempla dos tipos de supuestos: \*) Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión y \*) Por haberse concedido más de lo pedido, como pasa a explicarse:

**=> Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión,** puede presentarse:

- O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros y
- O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extrapetita).

**=> Por haberse concedido más de lo pedido,** este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo ultra petita).<sup>57</sup>

En igual sentido, esta Sección, en sentencia de junio 8 de 2006, expuso los aspectos que estructuran la presente causal. En esa oportunidad señaló:

“En otros términos, para que el laudo no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad con las pretensiones, los hechos y las excepciones sometidas a consideración en el proceso arbitral y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

“El aparte correspondiente a la causal de anulación ‘por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros’, se relaciona, entonces, con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión, por lo que se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración:

“i.) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.

---

<sup>57</sup> Sección Tercera. Sentencia de abril 4 de 2002, exp. 20.356.

“ii.) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.

“iii.) El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.”<sup>58</sup>

De esta forma, la causal establece dos supuestos: primero, un pronunciamiento de los árbitros sobre aspectos que no son de su competencia, situación que, a su vez, se estructura en dos supuestos: a) cuando el laudo se pronuncia sobre cuestiones intransigibles, según la Constitución y la ley, y b) cuando los árbitros desbordan la competencia otorgada por las partes -en el compromiso o cláusula arbitral-, así se trate de asuntos transigibles.

Según el segundo supuesto, los árbitros no pueden conceder más de lo pedido. Para definirlo el Consejo de Estado realiza un examen de la demanda y de la contestación, ya que son las pretensiones y los términos de la oposición los que definen el objeto del litigio y, por tanto, a ello se debe sujetar el Tribunal de Arbitramento, pues de extralimitarse proferirían una decisión *extra* o *ultra petita*, por tanto ajena a la voluntad de las partes, quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, excluyen sus controversias del conocimiento de la justicia ordinaria, para ponerlas a consideración de particulares, investidos transitoriamente de la potestad de administrar justicia. En este sentido, también se ha dicho que:

“El aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona, entonces, con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión, por lo que se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración: 1. El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley. 2. El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por

---

<sup>58</sup> Expediente 32.398.

ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso. 3. El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.”<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Sentencia de 8 de junio de 2006. Exp. 32.398. También se ha sostenido al respecto –Sección Tercera, sentencia de 21 de marzo de 2007, exp. 32.841- que “Esta causal es idéntica a la contenida en el artículo 72, num. 4, de la ley 80 de 1993, y, al igual que la anterior, recoge dos supuestos perfectamente diferenciados. El recurrente se apoya en la primera parte de la norma, es decir, en el aspecto relativo a ‘haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros’.

“Sobre dicha causal la Sala entiende que el problema que allí se plantea no es otro que el de la congruencia del laudo, que se verifica con la comparación entre las pretensiones de la demanda y la parte resolutive del laudo. De tal manera que, en las decisiones *ultra petita* se enmarca este tipo de situaciones.

“Esta causal guarda consonancia con el artículo 305 del CPC, que establece que ‘No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda...’. Por tanto, el juez del recurso de anulación debe verificar si la parte resolutive de la decisión concedió más de lo pedido, para que pueda prosperar el recurso.

“Sobre esta causal la Sala ha dicho, en sentencia del 10 de agosto de 2001 –Rad. 11001-03-26-000-1998-5286-01(15.286) -, que:

“Las dos causales que sustentó el recurrente buscan garantizar el principio de congruencia de las providencias judiciales. Por tanto su prosperidad pende de acreditar que mediante el laudo se contrarió ese principio.

“El principio de congruencia del laudo garantiza la correspondencia entre lo pedido y lo decidido por el Tribunal de arbitramento; que la decisión proferida por el Tribunal se ajuste a la materia arbitral enunciada por las partes, puesto que son ellas quienes de manera expresa señalan los límites dentro de los cuales los árbitros pueden actuar validamente. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio, a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra este principio, puesto que estarán decidiendo por fuera del concreto tema arbitral.

“Ha señalado la jurisprudencia que la incongruencia de las providencias judiciales, para efectos del recurso extraordinario de anulación, tiene ocurrencia cuando se presenta alguna de las siguientes hipótesis:

“- Cuando el laudo decide más allá de lo pedido, *ultra petita*.

“- Cuando en el laudo se decide sobre puntos no sometidos a litigio, *extra petita*.

“- Cuando el laudo omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones contenidas en la convocatoria del Tribunal de Arbitramento o sobre las excepciones propuestas por el demandado, *citra petita*.

(...)

“La congruencia de las providencias judiciales se busca entonces mediante el proceso comparativo entre la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador, inconsonancia que sólo se da en presencia de una cualquiera de las hipótesis ya referidas que reflejen la carencia de la debida armonía entre las pretensiones y oposiciones y la decisión arbitral.

“Conforme a lo expuesto se deduce que la procedibilidad de las citadas causales que invocó el recurrente, pende de que se acredite la incongruencia del laudo arbitral; en otras palabras las causales invocadas se constituyen mediante la prueba de que: el laudo recayó

En este orden de ideas, sólo cuando el laudo no está en consonancia con los hechos, las pretensiones o las excepciones formuladas en la contestación de la demanda, se configura la causal, y debe anularse.

### 3.2.2. El caso concreto

Antes de analizar el fondo del recurso, la Sala desestimará la propuesta que hizo la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el sentido de no estudiar la causal octava de anulación, porque en su criterio el vicio que se alega corresponde a la causal quinta, no alegada. La Sala no accederá a esta solicitud, por dos razones:

i) Porque es posible que un eventual vicio de un laudo configure dos o más causales de anulación, así que si a la parte recurrente le parece que la conducta que reprocha del tribunal hizo incurrir la decisión en la causal octava, y siempre que esto tenga alguna posibilidad jurídica -como sucede en el caso concreto- no se advierte, *a priori*, por qué razón no se estudiara si acaso se configuró.

ii) De otro lado, si en gracia de discusión la razón anterior no fuera suficiente, la Agencia Nacional de Defensa tampoco demostró por qué afirma que el laudo se dictó por fuera del plazo que tenía el tribunal de arbitramento para decidir, pues una cosa es presentar un memorial fuera de tiempo y otra es que decidirlo necesariamente sea extemporáneo en relación con el plazo que la ley establece para hacerlo, o en su defecto del término que las partes acuerdan. Puede suceder que el memorial sea inoportuno, pero la decisión proferirse dentro del plazo.

Por lo anterior, la Sala estudiará los dos aspectos propuestos por el recurrente: i) la decisión *ultra petita* del laudo, en relación con la participación económica que debía tenerse en cuenta para liquidar los pagos a cargo del recurrente; y ii) falta de competencia para aclarar el laudo arbitral, por la interposición inadecuada de la solicitud.

---

sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, no decidió asuntos sujetos a su conocimiento, o concedió más de lo pedido.”

a) Sobre el **primer aspecto**, la Sala advierte que el Tribunal no falló *ultra petita*, cuando concluyó que el numeral 14.9.3 de la cláusula 14 del contrato debía aplicarse sobre la totalidad del Campo Quifa, en consideración a lo siguiente:

i) La demanda que convocó al tribunal de arbitramento -es decir, la que presentó Meta Petroleum Corp.- formuló como *pretensión principal* que se declare que el numeral 14.9.3 del “Contrato de Asociación Quifa” se interprete en el sentido de indicar que la participación adicional en producción para Ecopetrol por precios altos -PAP- se debe calcular sobre la producción que corresponde a Meta Petroleum Corp. Para la recurrente, esto significa que la pretensión no consistió en que se declarara que el PAP debía liquidarse sobre “la totalidad de la producción del pozo o campo”, como lo declaró el Tribunal, y en esto consiste para él la incongruencia. Para comprender el problema recuérdese lo que expresó el *petitum*:

**“Principal**

Que se declare que el numeral 14.9.3 de la Cláusula 14 ‘DISTRIBUCIÓN Y DISPONIBILIDAD DE LOS HIDROCARBUROS’ del Contrato de Asociación Quifa, suscrito entre ECOPETROL S.A. y META PETROLEUM LTD. el 22 de diciembre de 2003, debe ser interpretado y aplicado por las Partes en el sentido de que la ‘Participación Adicional en Producción para ECOPETROL por Precios Altos -PAP’ debe ser calculada exclusivamente sobre la participación en la producción que corresponde a META PETROLEUM, de conformidad con los criterios, parámetros, tablas, fórmulas y metodologías de cálculo que se desprenden de la Cláusula 39 ‘DERECHOS POR PRECIOS ALTOS’ y del Anexo D.2 ‘DERECHOS ECONÓMICOS POR PRECIOS ALTOS’ del modelo de Contrato de Exploración y Producción de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) vigente a la fecha de firma del Otrosí No. 1 al Contrato de Asociación Quifa, suscrito el 25 de mayo de 2005.” –fl. 001, cdno. ppal. No. 1-.

En sentido contrario, la Sala considera que una interpretación obvia, natural y espontánea -no la que ahora propone el vencido en el proceso-, significa que el tribunal de arbitramento no sólo debía estudiar si la manera de liquidar la participación era sobre la producción que corresponde a Ecopetrol sino, en general, sobre qué producción debe hacerse.

En sentido diferente, la lectura limitada que propone MPC pretende que los árbitros sólo analicen la pretensión tal como la formuló, y que no estudie el tema general que ella involucra, postura que conduce a que concluir que si a la parte no se le concede estrictamente lo solicitado, el juez no puede analizar la otra cara

de la moneda, es decir su opuesto, porque se pronunciaría por fuera de lo pedido, perspectiva que desnaturaliza la lógica del derecho y sobre todo del proceso judicial.

Por el contrario, citando un ejemplo que ilustra la posición inaceptable del recurrente, si en una demanda se pide *“declarar la responsabilidad patrimonial del demandado”*, el juez podría *“negar la pretensión”*, pero no *“declarar que no es responsable de los hechos imputados”*. Con la lógica de análisis del recurrente en anulación, si el juez concluye que *“la responsabilidad es del demandante”* se pronunciaría *ultra petita*, lo que no es aceptable para esta Sala, porque la *causa petendi* del proceso es la responsabilidad por los hechos que se imputan, y de su estudio se puede concluir que no es de quien afirma el demandante sino de un tercero, incluso del demandado o de cualquiera otro.

Un ejemplo adicional ilustra mejor el caso: si el demandante pide, entre otras cosas, que se *“declare la caducidad de la acción”* que tendría el demandado para reclamarle cierto derecho, Meta Petroleum Corp. diría ahora que el Tribunal no puede declarar que *“no caducó”*, porque la petición es que se declare la caducidad, no lo contrario, que fue lo que se puso en sus manos. Ante esta manera de razonar, la Sala considera que el tema propuesto en la pretensión es el que queda en manos del juez, y es el que confiere competencia para pronunciar la decisión que corresponda, para negar o para conceder lo pedido, no exclusivamente para obrar en el sentido pedido y no en el opuesto. No obstante en cada caso concreto se analizará cuál es el alcance de la pretensión, y sobre todo los límites del juez.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la pretensión que provocó el litigio busca que el juez declare que la participación adicional de Ecopetrol en la producción del campo Quifa se calcule *“sobre la participación que corresponde a Metra Petroleum Corp.”*; pero al encontrarse que no era así el tribunal podía decir sobre qué base se debía calcular, pues al hacerlo así argumenta bien el por qué no tiene razón el demandante, de allí que se concluyó que era sobre la *“producción total del campo o pozo”*.

ii) Como si fuera poco, este entendimiento del problema no sólo queda claro con la lectura de la pretensión que se analiza, sino que en la exposición de razones o hechos que justificaron la demanda de MPC contra Ecopetrol –*causa*

*petendi* del proceso- se expresa, precisamente, que el debate consistía en definir la aplicación del PAP entre ellos. En este sentido, a folio 15 de la demanda se afirma:

**“(iv) La aplicación del PAP y las diferencias surgidas entre las partes**

“4.27. El 1° de abril de 2011 el Operador del campo Quifa le remitió una comunicación a Pacific Rubiales Energy y a ECOPETROL, manifestándoles que en condiciones normales de producción del campo Quifa Sur Oeste, se estimaba que la producción acumulada de 5 millones de barriles se alcanzaría en el mes de abril de 2011.

“4.28. Teniendo en cuenta que el 3 de abril de 2011 se superó el nivel de producción previsto para la aplicación de lo dispuesto en la Cláusula 14.9 respecto del PAP, el día 8 de abril del mismo año ECOPETROL informó a MPC sobre el nuevo porcentaje que, a su juicio, le correspondía sobre la producción de conformidad con la Cláusula 14 del Contrato, modificada por el Otrosí, que incluía la aplicación del PAP sobre la participación de ECOPETROL y no exclusivamente de MPC en el campo Quifa.

“4.29. Pacific Rubiales, en su calidad de matriz de MPC, le informó a ECOPETROL el 15 de abril de 2011 que según el numeral 14.9, del Otrosí al Contrato de Asociación Quifa, el porcentaje de producción a distribuir a MPC era distinto al indicado inicialmente por ECOPETROL.

“4.30. El 19 de abril de 2011 el Operador remitió una nueva comunicación a ECOPETROL y Pacific Rubiales Energy, indicándoles que ‘Con relación a la cláusula de Precios Altos y a las comunicaciones mencionadas anteriormente, no es posible para El Operador liquidar las nuevas participaciones toda vez que de (sic) los cálculos de los socios no son coincidentes.’

“4.31. A través de una comunicación del 12 de mayo de 2011, Pacific Rubiales Energy le reitera a ECOPETROL que aún no ha sido posible un entendimiento entre las Partes sobre el alcance de la Cláusula 14 del Contrato, modificada por el otrosí. En efecto, a través de dicha carta se afirmó: -fl. 15, cdno. ppal. No. 1-.  
“(…)

“4.35. De conformidad con lo anterior, ECOPETROL estima que el numeral 14.9.3 de la Cláusula 14 del Contrato, modificado por el otrosí, debe aplicarse de tal forma que el PAP se debe calcular sobre la participación que le corresponde a MPC, y también sobre la participación que le corresponde a ECOPETROL sobre la producción del campo Quifa. De esta manera, la posición planteada por ECOPETROL respecto del

alcance y aplicación del numeral 14.9.3. de la Cláusula 14 del Contrato, modificado por el Otrosí, se explica con el siguiente gráfico.” -fls. 17 a 18, cdno. ppal. No. 1-.

La misma idea se incluyó, desde antes, en el documento que contiene el *compromiso arbitral*, de allí que las partes acordaron que lo que se discutiría ante el tribunal es, precisamente, la manera de liquidarle el PAP a Ecopetrol, así que no se trataba tan sólo de la perspectiva que MPC tenía del problema, sino también la que tenía Ecopetrol.

iii) Finalmente, al contestar la demanda Ecopetrol también se refirió al mismo tema, así que si en gracia de discusión MPC no lo hubiera incorporado – pero es claro que sí- es evidente que el demandado lo hizo, porque a manera de defensa contestó los hechos numerados entre el 4.28 a 4.38 –fls. 114 a 124, cdno. ppal. No. 1- de la siguiente forma: la cláusula 14.9.3 del contrato ha sido entendida por Ecopetrol en el sentido de que el porcentaje que le corresponde según la cláusula 14.9.3. debe adicionarse al que ya le correspondía según la cláusula 14.2., con lo cual se incrementa su participación y se reduce la de MPC. Es así como, a lo largo de la defensa se sostiene que el reparto de la participación se debe hacer sobre todo el campo, no sólo sobre la participación de MPC. en él, con lo cual a Ecopetrol se le debía liquidar, en el escenario de precios altos -PAP-, una participación adicional. En este sentido, expresó la convocada:

**“Hecho 4.28.:** Es cierto que ECOPETROL S.A., con fundamento en la cláusula 14.9.3., y ciñéndose estrictamente a lo acordado en el contrato, manifestó cuál era su porcentaje, acompañando a la carta firmada por RICARDO CORAL L., Gerente Regional Central, el documento ‘Cálculo de la Participación de Producción Adicional.’ ECOPETROL S.A., para los efectos dio aplicación a la fórmula contenida en la Cláusula 14.9.3 del ‘OTROSÍ No. 1 AL CONTRATO DE ASOCIACIÓN ‘QUIFA’ ’ (en adelante OTROSÍ). Pág. 41. Folio 112 del expediente. Y el porcentaje obtenido de la aplicación de dicha fórmula, debe adicionarse al porcentaje de participación de ECOPETROL S.A., establecido en la cláusula 14.2, tal como lo ordena la cláusula 14.9.1., que dispone: -fls. 114 a 115, cdno. ppal. No. 1-.  
“(...

**“HECHO 4.34.:** Es cierto y se advierte que para todos los efectos las partes sentaron sus posiciones de manera definitiva en el documento denominado ‘Acta de Acuerdo’ de fecha veintisiete (27) de septiembre de dos mil once (2011), mediante el cual se suscribió el pacto arbitral en su modalidad de compromiso, y que en cuanto a ECOPETROL S.A., se refiere, se estableció:

“(...)

“**HECHO 4.35.:** No es cierto, lo manifestado es una interpretación de la convocante. La posición de ECOPETROL S.A., es que las partes de manera libre y voluntaria acordaron una participación adicional a favor de ECOPETROL S.A., en escenarios de precios altos, porcentaje que resulta de la aplicación de la fórmula contenida en el numeral 14.9.3, sin consideración alguna al porcentaje de participación de cada una de ellas, como claramente lo establece el numeral 14.9.1 del Otrosí y se ajusta a los criterios y escala de la ANH como ya quedó atrás explicado.” –fls. 122 a 123, cdno. ppal. No. 1-.”.

En la respuesta a estos hechos queda claro que Ecopetrol reclamó la participación que le correspondía sobre la totalidad del campo y no sólo sobre la participación de MPC. El último párrafo citado es el más dicente de todos, pero la recurrente no lo advierte con objetividad.

Como si fuera poco, la primera excepción de fondo que propuso Ecopetrol también planteó el tema: “IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA DE INTERPRETAR O APLICAR LA CLÁUSULA 14.9. ‘PARTICIPACIÓN ADICIONAL EN PRODUCCIÓN PARA ECOPETROL POR PRECIOS ALTOS’, CONTENIDA EN EL OTROSÍ No. 1 AL CONTRATO DE ASOCIACIÓN ‘QUIFA’, EN EL SENTIDO DE SER CALCULADA EXCLUSIVAMENTE SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LA PRODUCCIÓN QUE CORRESPONDE A META PETROLEUM, POR SER CONTRARIA DICHA SOLICITUD A LA CLARIDAD ABSOLUTA DE LA CLÁUSULA.” –fl. 125, cdno. ppal. No. 1-.

Esta formulación de la defensa también sería suficiente para comprender que el tema se introdujo en el proceso y que, por tanto, el tribunal tenía que referirse a él. No hacerlo sí habría constituido un vicio del laudo: “no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”; este sí real y demostrable. Por lo expuesto, la *causa petendi* del proceso arbitral no lo constituyó sólo la pretensión interpretativa y unilateral de MPC, sino también la perspectiva de Ecopetrol sobre el mismo tema.

**b)** Sobre el **segundo aspecto** propuesto por el recurrente para solicitar la nulidad del laudo -falta de competencia para aclararlo, debido a la interposición inadecuada de la solicitud-, recuérdese que el recurrente descalificó la aclaración que se hizo al laudo, porque el Tribunal la profirió cuando carecía de competencia, teniendo en cuenta que atendió una solicitud presentada por Ecopetrol: i) en forma

extemporánea, porque la presentó el 20 de marzo de 2013, después de la cinco de la tarde (5:00 pm), día y hora en que venció el término para presentarla, y ii) se entregó la petición en el lugar equivocado, porque se radicó en la oficina privada de la Secretaria del Tribunal, cuando debió hacerlo en las instalaciones de la Cámara de Comercio de Bogotá, sitio de funcionamiento del tribunal.

Frente a este cargo de nulidad, Ecopetrol explicó que no existe norma que prohíba que los escritos se presenten en la Secretaría del Tribunal; además, quien realizó esta función siempre “atendió la recepción de memoriales en su oficina particular.” Incluso, el impugnante actuó durante el proceso de la misma manera, toda vez que radicó memoriales en esa oficina, no por conducto del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio.

La primera cuestión que definirá la Sala, con la cual también desestimaré este cargo, es dónde cumplen las partes del proceso arbitral con la entrega de los memoriales y, en general, dónde realizan las actuaciones propias del trámite. De la respuesta que se dé a esta pregunta surgirá la solución al cuestionamiento del recurrente.

La clave de la solución se encuentra en el art. 116 del Decreto 1818 de 1998 – que rige el caso *sub iudice*-, que clasifica en tres (3) tipos los tribunales de arbitramento, según las reglas de procedimiento que utilice: independiente, institucional y legal. El *primero* permite que las partes las acuerden, es decir que en ejercicio de una especie de poder normativo auto-regulatorio definen las normas procesales aplicables al litigio. El arbitramento *institucional* se sirve de las reglas procesales que dicta un centro de arbitraje, así que las partes no las acuerdan, ni pueden modificar las previstas. En todo caso, en este evento se trata de otra capacidad auto-regulatoria, pero en manos de la institución que administra el tribunal. Finalmente, el arbitramento *legal* es la regla general, porque rige a falta de acuerdo especial sobre alguno de los dos anteriores, y las normas de procedimiento son las que prevé la ley, así que en este evento no existe tal capacidad procesal auto-reguladora.

Con fundamento en estas precisiones, y para efectos del recurso de anulación, resulta definitivo aclarar qué clase de arbitramento -desde el punto de vista procesal- acordaron las partes.

En el Acta de Acuerdo de septiembre 27 de 2011 se convino el pacto arbitral, y en la cláusula segunda se estableció que se regiría por las siguientes reglas: desde el punto de vista del régimen aplicable sería *en derecho*, y desde el punto de vista procesal el arbitramento será *legal*, porque se dispuso:

“(i) Ley aplicable: El arbitramento será en derecho y la ley sustancial y procesal aplicable será la colombiana (Decreto 1818 de 1998 y demás normas aplicables).

“(ii) La sede del Tribunal será Bogotá y el mismo será administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Las Partes acuerdan que el arbitramento será de naturaleza legal, y definen, además, en forma expresa, que la organización interna del tribunal de arbitramento que se contituya se ajustará a las tarifas establecidas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a las cuales deben someterse los árbitros, las Partes y sus apoderados. Lo anterior, sin perjuicio que las Partes de común acuerdo y en documento independiente, establezcan un tope o límite a los honorarios de los árbitros y del secretario.” –fl. 24, cdno. ppal. No. 1-.

El procedimiento arbitral de tipo legal, el escogido en este acuerdo, impone que las normas de procedimiento aplicables proceden de dos fuentes: i) del Decreto 1818 de 1998, y ii) del Código de Procedimiento Civil, en los aspectos a los que remite la misma norma –por ejemplo, los arts. 128, 130, 141, 150, 151, 153 del Decreto 1818 de 1998-.

Entre estas disposiciones, el art. 132 del decreto 1818 establece que: “Las partes determinarán libremente el lugar donde debe funcionar el tribunal; a falta de acuerdo el mismo tribunal lo determinará.” Pues bien, en el pacto arbitral citado se dispuso que: “(ii) La sede del Tribunal será Bogotá y el mismo será administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá...” -fl. 25, cdno. ppal. 1-, así se definió el tema al que se refiere el art. 132.

Un aspecto adicional concluye el examen de las disposiciones, acuerdos y determinaciones que se refieren al objeto que se examina: En el “Acta No. 1” del Tribunal de arbitramento –fls. 76 y ss., cdno. ppal. No. 1-, consta la *Audiencia de instalación*. Allí se decidió: “Fijar como lugar de funcionamiento y Secretaría del presente Tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá...” –fl. 77-, de manera que se conservó este aspecto –como tenía que ser- porque las partes lo definieron antes de este modo.

Por lo expresado, la sede de funcionamiento fue la Cámara de Comercio. Esto significa que allí se deben surtir las actuaciones procesales, pues la clase de tribunal pactado no fue el independiente –que crea reglas procesales-, sino el legal. En este orden de ideas, la audiencia de instalación y de fallo se debe realizar en ese sitio, las prácticas de la prueba testimonial y las demás que se practican en audiencia también se realizarán en ese lugar, y los memoriales y peticiones que las partes deban presentar también se pueden recibir en ese mismo sitio, pues por algo es la sede de funcionamiento. Esto significa que las audiencias no se pueden realizar en otro lugar; aunque la duda surge en relación con la entrega de memoriales, no sólo en la sede de funcionamiento del tribunal –que no admite duda- sino en la oficina privada del Secretario del Tribunal.

Para la Sala, esta última conducta, que no está regulada en la ley, admite que las partes adopten ese comportamiento, porque entre los principios procesales del arbitraje, los de celeridad y economía, especialmente intensificados aquí, no se afectan, por el contrario se favorecen con este comportamiento, porque de la misma manera que la parte debe entregar el memorial en la sede –en este caso la Cámara de Comercio-, lo podrá hacer en otra oficina –la del Secretario del Tribunal-, es decir, que al fin y al cabo la parte tiene la carga de entregar el memorial y puede hacerlo donde lo considere conveniente, siempre que esta posibilidad lo haya admitido el tribunal de arbitramento en el proceso.

Esto significa, concretando la posición de la Sala, que si los árbitros permiten que en la oficina privada del Secretario del tribunal se presenten los memoriales del proceso, es válido que la parte lo haga; y con sobradas razones puede entregarlos en la sede formal del tribunal de arbitramento, que por naturaleza está concebida para facilitar esta gestión.

Sin embargo, se hace una precisión a la anterior permisión, definitiva para entenderla: el Secretario del tribunal –y concretamente su oficina-, es el único que puede realizar esta gestión, no los árbitros en su domicilio, pues administrativamente hace parte de las funciones secretariales de todo juzgado. En cambio, de ninguna manera esta actividad la pueden o deben cumplir los árbitros, y menos en sus oficinas, pues su labor no comprende esta tarea, así que la parte del proceso sólo tendrá contacto con ellos en las audiencias del proceso, no por fuera, pues el régimen disciplinario y en general la probidad de la conducta de este

particular que transitoriamente cumple función pública también es exigible de ellos, como sucede con los demás jueces de la república. No obstante, la presentación del recurso de anulación puede hacerse ante el Presidente del Tribunal, porque el art. 161 del decreto 1818 de 1998 lo autoriza.

En las condiciones anotadas, se concluye que, en principio, la designación de una sede de funcionamiento obliga a los árbitros y a las partes a realizar allí todas las actuaciones procesales, exigencia que garantiza al máximo los principios que la administración de justicia, incluida la arbitral, que también debe garantizarlos. No obstante, los memoriales pueden recibirse en la oficina del Secretario, y sólo del Secretario, si el tribunal de arbitramento así lo dispuso o consintió.

Que no pueda realizarse la misma gestión ante los árbitros –salvo la presentación del recurso de anulación-, no cabe duda que afecta cierta comodidad de la que eventualmente podrían beneficiarse todos –e hipotéticamente las partes- pero esto no puede elevarse al rango de “principio procesal del arbitraje” y a partir de allí defender, innecesariamente, una conducta o práctica que se impuso: la de atender a las partes en cualquier lugar, como si esto garantizara mejor la justicia, por el simple hecho de que atender en cualquier lugar a la parte es lo que buscaran éstas cuando suscriben una cláusula compromisoria.

En otras palabras, lo que la Sala ponderó para distinguir y autorizar entre el secretario y los árbitros –como lo ordena el art. 4 del CPC<sup>60</sup>- son: de un lado, los principios de celeridad y economía, que apoyan la admisibilidad de la entrega de memoriales en la oficina privada del secretario del tribunal; y de otro lado los principios de independencia judicial, lealtad, igualdad, debido proceso, moralidad y transparencia en la actividad procesal, que es absolutamente rigurosa en cabeza de los árbitros; de allí que la Sala se inclina por el primero de manera principal, pero no desestima a los últimos, porque no se afecta la celeridad y la eficacia ya que el escrito se entrega en la sede del tribunal de arbitramento o en la oficina del Secretario. En cambio, si se optara a ultranza por esta posibilidad, es decir, incluso a favor de los árbitros, subordinando aquéllos a éstos, los riesgos de transparencia

---

<sup>60</sup> “Artículo 4o. Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surgen en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.”

que se corren se multiplican enormemente, cuando no es necesario actuar de este modo.

De otro lado, en este escenario también es indispensable defender la imparcialidad de la justicia, que se pone en riesgo excesivo cuando la parte acude a la oficina privada o lugar de residencia del árbitro a entregar memoriales, no así a la oficina del secretario del tribunal, pues en este supuesto es innegable que el contacto *juez-parte* no se suele agotar en la recepción del escrito, sino que se extiende hasta la sustentación pormenorizada de lo que contiene el escrito, sin audiencia de la contraparte. Semejante actitud es inadmisibles en la justicia ordinaria, en relación con los jueces, y no por eso en la arbitral debe suceder lo contrario, porque la posición que ocupa el magistrado y el árbitro es la misma en relación con las partes de la controversia, es decir, deben ser imparciales y conceder las mismas oportunidades de ser oídos y defenderse. Además, la ley de mecanismos alternativos de solución de conflictos favorece otra cosa: cambiar el juez del litigio, pero no hacer que éste asuma un rol diferente al que corresponde a todo administrador de justicia.

En consecuencia, el efecto que se sigue de estas ideas, aplicadas al caso concreto, es que los memoriales presentados por MPC o por Ecopetrol, en la Cámara de Comercio de Bogotá o en la oficina del Secretario del tribunal, son admisibles en este tipo de mecanismo alternativo de solución de conflictos, por eso debió darles el trámite que correspondía, como sucedió con la solicitud de aclaraciones y complementación que presentó Ecopetrol. Del mismo modo, la hora límite de entrega de estos documentos no quedó atada al horario de la Cámara de Comercio de Bogotá, pues es claro que no era el único sitio de entrega de los documentos que las partes aportaban.

En los términos expuestos esta causal de anulación tampoco prosperará, porque el tribunal de arbitramento se pronunció sobre asuntos sobre los cuales tenía competencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**Primero:** Declárase infundado el recurso de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral proferido el 13 de marzo de 2013, por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias surgidas entre la sociedad Meta Petroleum Corp. Sucursal Colombia y Ecopetrol S.A.

**Segundo:** Condénase a Meta Petroleum Company a pagar a favor del Ecopetrol la suma de veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por concepto de las costas del proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Presidente

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.      OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**